



INSTITUTUL NAȚIONAL PENTRU PREGĂTIREA
PRACTICIENILOR ÎN INSOLVENȚĂ

Tratat practic de insolvență

Coordonator științific – Prof. univ. dr. Radu Bufan

Editori coordonatori

*Avocat Andreea Deli-Diaconescu
Judecător, Conf. univ. dr. Florin Moțiu*

III 323 333

BCU IASI

Editura
Hamangiu
2014

III 323 333

BCU IAS1

BCU IAS1 / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Tratat practic de insolvență

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Tratat practică de insolvență

La elaborarea prezentei lucrări s-a avut în vedere legislația publicată până la data de **15 septembrie 2014**.



INSTITUTUL NAȚIONAL PENTRU PREGĂTIREA
PRACTICIENILOR ÎN INSOLVENȚĂ

400 625

Tratat practic de insolvență

Coordonator științific – Prof. univ. dr. Radu Bufan

Editori coordonatori

Avocat Andreea Deli-Diaconescu

Judecător, Conf. univ. dr. Florin Moțiu



0 000010 71694

BCU IASI



Editura
Hamangiu
2014

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

Tratat practic de insolvență / Radu Bufan (coord. șt.), Andreea

Deli-Diaconescu, Florin Moțiu, ... - București : Editura Hamangiu,

2014

Bibliogr.

Index

ISBN 978-606-27-0085-0

I. Bufan, Radu (coord.)

II. Deli-Diaconescu Andreea

III. Moțiu, Florin

347.736(498)(035)

05. MAR. 2018

Editură acreditată CNCS - Consiliul Național al Cercetării Științifice

Toate drepturile rezervate **Editurii Hamangiu**. Nicio parte din această lucrare
nu poate fi copiată fără acordul scris al **Editurii Hamangiu**

Editura Hamangiu: București, Str. Col. Popeia nr. 36, sector 5; O.P. 5, C.P. 91

Tel./Fax: 021.336.04.43; 031.805.80.21; **Vânzări:** 021.336.01.25; 031.425.42.24; 0741.244.032;

E-mail: redactie@hamangiu.ro; distributie@hamangiu.ro

Colectivul de autori

(în ordine alfabetică)

- Prof. univ. dr. Lucian BERCEA – Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, avocat în Baroul Timiș
- Prof. univ. dr. Radu BUFAN – Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, profesor asociat al Facultății de Drept a Universității din București, membru în Consiliul Științific al INPPI
- Dr. Anca BUTA – Judecător la Curtea de Apel Timișoara
- Conf. univ. dr. Cristian CLIPA – Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, avocat în Baroul Timiș
- Dr. Marcela COMȘA – Judecător la Curtea de Apel Brașov, detașat la Ministerul Justiției
- Andreea DELI-DIACONESCU – Avocat în Baroul București, membru în Consiliul Științific al INPPI, practician în insolvență
- Drd. Daniela DETEȘAN – Judecător la Tribunalul Caraș-Severin
- Ștefan DUMITRU – Avocat în Baroul București, practician în insolvență
- Dr. Florentina FOLEA – Avocat în Baroul Timiș
- Dr. Petruța MICU – Judecător la Curtea de Apel Timișoara
- Nicoleta MIHAI – Avocat în Baroul București, practician în insolvență
- Simona-Maria MILOȘ – Avocat în Baroul București, Președintele INPPI, practician în insolvență
- Ec. Otilia Doina MILU – practician în insolvență, membru în Consiliul de Conducere al INPPI
- Conf. univ. dr. Florin MOȚIU – Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, judecător, formator INM și consilier al Ministrului Justiției
- Conf. univ. dr. Dana Daniela MOȚIU – Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, avocat în Baroul Timiș
- Flavius Iancu MOȚU – judecător-sindic și președinte al Tribunalului Specializat Cluj

- Speranța Aurora MUNTEANU – practician în insolvență, partener în KPMG România
- Lector univ. dr. Csaba Bela NÁSZ – Facultatea de Economie și Administrarea Afacerilor din cadrul Universității de Vest, judecător la Curtea de Apel Timișoara
- Conf. univ. dr. Vasile NEMEȘ – Facultatea de Drept a Universității „Nicolae Titulescu” din București, avocat în Baroul București, membru în Consiliul Științific al INPPI.
- Prof. univ. dr. Viorel PAȘCA – Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara, avocat în Baroul Timiș
- Alina POPA – Avocat în Baroul București, practician în insolvență
- Ec. Gabriela Carmen SANDA – expert contabil, practician în insolvență
- Dr. Mihaela SĂRĂCUȚ – Judecător la Curtea de Apel Cluj
- Arin Octav STĂNESCU – Avocat în Baroul București, Președintele Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență
- Ana-Irina ȘARCANE – Avocat în Baroul București, membru în Consiliul Științific al INPPI, practician în insolvență
- Stan TÂRNOVEANU – Avocat în Baroul București, practician în insolvență

CUVÂNT INTRODUCATIV

Publicat la confluența dintre două etape *istorice* în materia insolvenței – deja celebra Lege nr. 85/2006 și mult așteptatul Cod al insolvenței, adică noua Lege nr. 85/2014 – acest tratat este rezultatul riguros al unor cercetări îndelungate, al spiritului critic și mai ales al bogatei experiențe practice a autorilor – magistrați, avocați și practicieni în insolvență.

Cititorii vor găsi în paginile ce urmează o analiză detaliată și dezbateri ample ale numeroaselor probleme cu care s-au confruntat și se confruntă specialiștii în domeniu, organele și participanții la procedura colectivă, atât din perspectiva *nouii legi*, cât și a *reglementărilor anterioare (încă aplicabilă)*, iar soluțiile oferite sunt susținute cu o largă paletă de argumente jurisprudențiale.

Necesitatea acestei lucrări derivă din lipsa de pe piața juridică a unei monografii teoretice și practice, în care să fie analizată, din ambele perspective, întreaga problematică a insolvenței și a procedurilor de prevenire a acesteia.

Ideea originală a acestui tratat a fost lansată de școala de insolvență de la Timișoara, unde, sub îndrumarea științifică a domnului Profesor Radu Motica, s-au susținut în ultimii ani o serie de teze de doctorat valoroase, abordând fiecare diferite etape ale procedurii insolvenței, ceea ce explică prezența masivă a reprezentanților Universității de Vest în colectivul nostru de autori.

Ulterior, la inițiativa domnului Profesor Radu Bufan, coordonatorul proiectului, echipa noastră s-a lărgit, prin cooptarea unor reputați specialiști în materia insolvenței din Cluj-Napoca și București, care au contribuit îndeosebi cu experiența din raza instanțelor respective, dar și cu propriile opinii.

Din nevoia de a oferi cititorilor un set cât mai complet și corect de explicații ale noilor dispoziții legale, conceptul acestei ediții a necesitat și colaborarea a cât mai mulți dintre membrii echipei *consorțiului* care a lucrat la elaborarea proiectului Codului insolvenței, care ne-au putut astfel explica sorgintea unor texte, dar și a magistraților care au gestionat acest proiect la nivelul Ministerului Justiției – beneficiarul proiectului – ei fiind cei care au filtrat și îmbunătățit toate aceste propuneri.

O lucrare de asemenea amploare cu greu poate fi socotită vreodată completă și încheiată. Prin însăși natura lor, lucrările de acest gen sunt și trebuie abordate ca proiecte de cursă lungă, iar ambiția lucrării de față este de a constitui un reper de continuitate în timp, cu reeditări și actualizări periodice, care, așa cum ne

arată practica, sunt posibile numai în condițiile reunirii unui colectiv considerabil de autori.

În viitor ne propunem să extindem aria teritorială a autorilor care vor contribui la Tratat, dar și să asigurăm o mai bună echilibrare a raportului dintre considerentele teoretice și cele practice, pe măsura evoluției jurisprudenței la care va da naștere noua reglementare. De asemenea, nu excludem posibilitatea integrării în Tratat a unor „aplicații practice” extinse, de maximă utilitate pentru practicienii în insolvență.

Din perspectiva *Institutului Național pentru Pregătirea Practicienilor în Insolvență (INPPI)*, această primă carte pe care o patronăm reprezintă un semnal al maturizării, al asumării rolului complex și al responsabilității care derivă din însăși denumirea de *Institut* și pe care înțelegem să le onorăm prin cele mai nobile mijloace.

De remarcat că parte dintre autori, precum și coordonatorul prezentei lucrări, sunt, la rândul lor, membri în Consiliul Științific și în conducerea Institutului Național pentru Pregătirea Practicienilor în Insolvență. Toți s-au alăturat cu entuziasm echipei de elaborare a Tratatului, desăvârșind astfel obiectivul urmărit, de a aduce laolaltă *Teoria și Practica* dreptului insolvenței, într-o lucrare care nu întâmplător conține în titlu, alături de „*Tratat*” – ce nu poate fi decât teoretic, conform definiției – și cuvântul „*practic*” – expresie a spiritului care a animat demersul nostru.

Suntem optimiști în ce privește utilitatea acestei lucrări nu doar pentru practicienii insolvenței, ci și pentru alte categorii de persoane interesate – specialiști ai dreptului, magistrați, avocați, cercetători, doctoranzi etc., având în vedere cunoștințele, experiența și seriozitatea tuturor celor care au contribuit la apariția ei.

În mod deosebit remarcăm contribuția editorilor coordonatori av. Andreea Deli-Diaconescu și conf. dr. Florin Moțiu, precum și sprijinul continuu al d-lui av. Arin Stănescu, Președintele Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România.

Avocat Simona-Maria MILOȘ,
Președintele Institutului Național pentru
Pregătirea Practicienilor în Insolvență

București, 18 septembrie 2014

ABREVIERI

Act. proc. coll.	–	Lettre d'actualité des procédures collectives
alin.	–	alineatul
art.	–	articolul
art. cit.	–	articolul citat
A.S.F.	–	Autoritatea de Supraveghere Financiară
B.C.A.	–	Buletinul Curților de Apel
BICC	–	Bulletin d'information de la Cour de Cassation
B.J.	–	Buletinul Jurisprudenței. Repertoriu anual
B.J. C.D.	–	Buletinul Jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul
B.J. C.P.J.	–	Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul
B.N.R.	–	Banca Națională a României
B. Of.	–	Buletinul Oficial
BPI	–	Buletinul procedurilor de insolvență
Bull. civ.	–	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
cap.	–	capitolul
C.A.	–	Curtea de Apel
Cas.	–	Curtea de Casație
Cass.	–	Curtea de Casație franceză
C.C.	–	Curtea Constituțională
C. civ. 1864	–	Codul civil din 1864
C. com.	–	Codul comercial
C.D.	–	Culegere de decizii pe anul
C.E.	–	Comunitatea Europeană

C. fisc.	–	Codul fiscal
col. civ.	–	colegiul civil
C. pen.	–	Codul penal
CPC 1865	–	Codul de procedură civilă din 1865
C. proc. fisc.	–	Codul de procedură fiscală
C.J.	–	Curierul Judiciar
C.P.J.C.	–	Culegere de practică judiciară în materie comercială
C.S.J.	–	Curtea Supremă de Justiție
D.	–	Dalloz (Recueil)
D. aff.	–	Dalloz Affaires
DH	–	Dalloz (hebdomadaire)
dec.	–	decizia
dec. civ.	–	decizia civilă
dec. com.	–	decizia comercială
DGFP	–	Direcția Generală a Finanțelor Publice
Dr. sociétés	–	revista Droit des sociétés
ed.	–	ediția
Ed.	–	editura
Gaz. pal.	–	Gazette du Palais
H.G.	–	Hotărârea de Guvern
I.C.C.J.	–	Înalta Curte de Casație și Justiție
JCP	–	Juris-Classeur périodique
J.O.C.E.	–	Jurnalul Oficial al Comunităților Europene
J.O.U.E.	–	Jurnalul Oficial al Uniunii Europene
L.G.D.J.	–	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
M.J.	–	Ministerul Justiției
M.F.P.	–	Ministerul Finanțelor Publice
n.n.	–	nota noastră
M. Of.	–	Monitorul Oficial al României, Partea I

NCC	–	Codul civil din 2009
NCPC	–	Codul de procedură civilă din 2010
nr.	–	număr
op. cit.	–	opera citată
O.G.	–	Ordonanța de Guvern
O.M.F.P.	–	Ordinul Ministrului Finanțelor Publice
O.N.R.C.	–	Oficiul Național al Registrului Comerțului
O.U.G.	–	Ordonanța de Urgență a Guvernului
p.	–	pagina
parag.	–	paragraful
pct.	–	punctul
Phoenix	–	Revista Phoenix de insolvență
P.J.C.	–	Culegere de practică judiciară comercială
P.R.	–	Pandectele Române
R.D.C.	–	Revista de Drept Comercial
R.D.C.S.E.	–	Revista de Drept Comercial și Studii Economice
Rev. proc. coll.	–	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	–	Revue des sociétés
RJ com.	–	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	–	Revue de jurisprudence de droit des affaires
R.R.D.	–	Revista Română de Drept
R.R.D.A.	–	Revista Română de Drept al Afacerilor
R.R.D.M.	–	Revista Română de Dreptul Muncii
R.R.J.	–	Revista Română de Jurisprudență
RTD civ.	–	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	–	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.n.	–	sublinierea noastră
s. civ. și de cont. adm. și fisc.	–	secția civilă și de contencios administrativ și fiscal

s. com.	–	secția comercială
s. com. și de cont. adm.	–	secția comercială și de contencios administrativ
s. com. și de cont. adm. și fisc.	–	secția comercială și de contencios administrativ și fiscal
s. com., mar. și fluv., cont. adm. și fisc.	–	secția comercială, maritimă și fluvială, precum și pentru cauze de contencios administrativ și fiscal
s. cont. adm. și fisc.	–	secția de contencios administrativ și fiscal
sent.	–	sentința
sent. civ.	–	sentința civilă
sent. com.	–	sentința comercială
ș.a.	–	și alții/altele
ș.a.m.d.	–	și așa mai departe
trib.	–	Tribunalul
trib. com.	–	Tribunalul comercial
T.U.E.	–	Tratatul privind Uniunea Europeană
T.V.A.	–	taxa pe valoare adăugată
U.E.	–	Uniunea Europeană
U.N.P.I.R.	–	Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență
urm.	–	următoarele
vol.	–	volumul

CUPRINS

CAPITOLUL I. INTRODUCERE. ISTORIC ȘI DREPT COMPARAT	1
<i>Secțiunea 1. Prezentare generală</i>	1
<i>Secțiunea a 2-a. Scurt istoric</i>	3
2.1. Dreptul Orientului	3
2.2. Dreptul roman	4
2.3. Epoca medievală	8
2.4. Epoca modernă	12
2.5. Perioada contemporană	17
<i>Secțiunea a 3-a. Reglementarea regimului comercianților aflați în dificultate în România</i>	29
§1. Vechiul drept românesc	29
§2. Tendința postrevoluționară	48
2.1. Necesitatea unei noi reglementări	48
2.2. Încercări de eliminare a blocajului financiar	49
2.3. Legea reorganizării judiciare și a falimentului	51
2.4. Continuarea ajustării tratamentului comercianților aflați în dificultate	53
2.5. Concepția și cadrul apariției Codului insolvenței	59
 CAPITOLUL II. PRINCIPII. CARACTERE. SCOPUL ȘI OBIECTUL PROCEDURII INSOLVENȚEI	 61
<i>Secțiunea 1. Principiile procedurii insolvenței</i>	61
§1. Funcția integratoare a principiilor	61
§2. Principiile World Bank	61
§3. Principiile europene	62
§4. Ghidul legislativ UNCITRAL în materie de insolvență	63
§5. Reflectarea principiilor fundamentale în cuprinsul Codului insolvenței	63
5.1. Maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor	64
5.2. Acordarea unei șanse debitorilor, pentru redresarea eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare	66
5.3. Asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri	69
5.4. Acordarea unui tratament egal creditorilor de același rang	71
5.5. Asigurarea unui grad ridicat de transparență și previzibilitate a procedurilor	72

5.6. Recunoașterea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor prin instituirea unui set de reguli clar determinate și uniforme	75
5.7. Limitarea riscului de credit și a riscului sistemic asociat tranzacțiilor cu instrumente financiare derivate prin recunoașterea compensării cu exigibilitate imediată în cazul insolvenței sau al unei proceduri de prevenire a insolvenței unui cocontractant, având ca efect reducerea riscului de credit la o sumă netă datorată între părți sau chiar la zero atunci când, pentru acoperirea expunerii nete, au fost transferate garanții financiare	76
5.8. Asigurarea accesului la surse de finanțare în procedurile de prevenire a insolvenței, în perioada de observație și de reorganizare, cu crearea unui regim adecvat pentru protejarea acestor creanțe	78
5.9. Fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament egal între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment	79
5.10. Favorizarea, în procedurile de prevenire a insolvenței, a negocierii/renegocierii amiabile a creanțelor și a încheierii unui concordat preventiv	81
5.11. Valorificarea în timp util și într-o manieră cât mai eficientă a activelor	82
5.12. În cazul grupului de societăți, coordonarea procedurilor de insolvență, în scopul abordării integrate a acestora	83
5.13. Administrarea procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență de către practicieni în insolvență și desfășurarea acestora sub controlul instanței de judecată	84
<i>Secțiunea a 2-a. Caracterile juridice ale procedurii insolvenței</i>	85
§1. Caracterul judiciar	86
§2. Caracterul colectiv și concursual	87
§3. Caracterul unitar și general	88
§4. Caracterul egalitar	89
§5. Caracterul de remediu sau de executare silită	90
<i>Secțiunea a 3-a. Scopul și obiectul procedurii insolvenței</i>	91
§1. Scopul procedurii insolvenței	91
§2. Obiectul procedurii insolvenței	94

CAPITOLUL III. PROCEDURILE DE PREVENIRE A INSOLVENȚEI 103

<i>Secțiunea 1. Scurtă incursiune istorică</i>	103
<i>Secțiunea a 2-a. Procedura mandatului ad-hoc</i>	106
<i>Secțiunea a 3-a. Procedura concordatului preventiv</i>	107
§1. Modificări aduse prin Codul insolvenței	107
§2. Organele care aplica procedura	108
<i>Secțiunea a 4-a. Deschiderea procedurii de concordat</i>	110
<i>Secțiunea a 5-a. Încheierea și omologarea concordatului preventiv</i>	113
<i>Secțiunea a 6-a. Închiderea procedurii concordatului preventiv</i>	119

CAPITOLUL IV. ORGANELE CARE APLICĂ PROCEDURA INSOLVENȚEI 123*Secțiunea 1. Organele care aplică procedura și atribuțiile lor* 126

§1. Instanțele judecătorești 126

§2. Judecătorul-sindic 127

§3. Natura juridică a funcției îndeplinite de administratorul
judiciar/lichidatorul judiciar 153

§4. Administratorul judiciar 154

§5. Lichidatorul judiciar 161

Secțiunea a 2-a. Alți participanți la procedura insolvenței 163

§1. Adunarea creditorilor 163

§2. Comitetul creditorilor 168

§3. Administratorul special 171

CAPITOLUL V. JURISDICȚIA PROCEDURII DE INSOLVENȚĂ 174*Secțiunea 1. Competența instanțelor de judecată* 174*Secțiunea a 2-a. Procedura de judecată* 179**CAPITOLUL VI. DESCHIDEREA PROCEDURII INSOLVENȚEI** 194*Secțiunea 1. Considerații introductive* 194*Secțiunea a 2-a. Debitorul – subiect pasiv al procedurii de insolvență* 195

§1. Profesioniștii 196

1.1. Societățile 197

1.2. Societățile cooperative 206

1.3. Profesioniștii persoane fizice – acționând individual 207

1.4. Întreprinderile familiale 213

1.5. Societățile agricole 217

1.6. Grupurile de interes economic și grupurile europene de interes
economic 2191.7. Orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și
activități economice 220

§2. Profesioniștii neautorizați 224

Secțiunea a 3-a. Insolvența debitorului 225

§1. Insuficiența fondurilor bănești disponibile 230

§2. Neplata datoriilor certe, lichide și exigibile 235

§3. Formele de insolvență 239

§4. Dovada stării de insolvență 243

Secțiunea a 4-a. Caracterul datoriilor care fac obiectul procedurii insolvenței 248*Secțiunea a 5-a. Deschiderea procedurii la cererea debitorului* 255

§1. Condițiile introducerii cererii de către debitor 255

§2. Obiectul cererii debitorului 264

§3. Actele care trebuie să însoțească cererea debitorului 265

Secțiunea a 6-a. Deschiderea procedurii la cererea creditorilor 270

§1. Condițiile introducerii cererii de către creditorii 270

§2. Conținutul cererii creditorilor 277

§3. Soluțiile pronunțate de judecătorul-sindic 282

<i>Secțiunea a 7-a. Procedura simplificată și procedura generală</i>	296
§1. Aspecte prealabile. Delimitarea procedurii generale de procedura simplificată	296
§2. Definiția și trăsăturile juridice ale procedurii simplificate	299
§3. Domeniul de aplicare a procedurii simplificate	302
§4. Definiția și trăsăturile juridice ale procedurii generale	311
§5. Domeniul de aplicare a procedurii generale	312

CAPITOLUL VII. EFECTELE DESCHIDERII PROCEDURII

INSOLVENȚEI 317

<i>Secțiunea 1. Avantajele și dezavantajele procedurii insolvenței.</i>	
<i>Considerații generale</i>	317

<i>Secțiunea a 2-a. Clasificarea efectelor deschiderii procedurii insolvenței</i>	319
---	-----

<i>Secțiunea a 3-a. Măsurile subsecvente deschiderii procedurii insolvenței</i>	323
---	-----

§1. Termene care curg în raport cu data deschiderii procedurii	323
§2. Comunicarea deschiderii procedurii și efectul acesteia	326
§3. Menționarea deschiderii procedurii în registrele de publicitate	326
§4. Însemnele insolvenței	329

§5. Suspendarea tranzacționării acțiunilor debitorului și retragerea valorilor mobiliare	331
--	-----

§6. Menținerea furnizării utilităților	332
--	-----

<i>Secțiunea a 4-a. Debitorul și conducătorii acestuia</i>	334
--	-----

§1. Ridicarea dreptului de administrare	334
---	-----

1.1. Caracterele juridice ale ridicării dreptului de administrare	337
---	-----

1.2. Aspecte terminologice	338
----------------------------	-----

1.3. Momentul desesizării debitorului	342
---------------------------------------	-----

1.4. Fundamentele juridice ale desesizării	343
--	-----

1.5. Ridicarea dreptului de administrare în timpul derulării procedurii	347
---	-----

1.6. Rolul administratorului special	348
--------------------------------------	-----

§2. Continuarea activității debitorului	356
---	-----

2.1. Aspecte generale	356
-----------------------	-----

2.2. Durata regulii <i>business as usual</i>	357
--	-----

2.3. Activitățile ce se încadrează în această categorie	357
---	-----

2.4. Disponibilitatea și modalitățile de finanțare post-inițiere	365
--	-----

2.5. Aspecte controversate ale continuării activității	366
--	-----

§3. Sancțiunea încălcării limitelor legale	369
--	-----

3.1. Nulitatea actelor și răspunderea administratorului special	369
---	-----

3.2. Diferența față de nulitatea actelor încheiate în perioada suspectă	374
---	-----

§4. Depunerea informațiilor prevăzute de art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței	375
--	-----

§5. Obligația depunerii de date și informații	378
---	-----

§6. Obligatorietatea efectuării notificărilor privind intrarea în insolvență	379
--	-----

6.1. Persoanele vizate de textul legal	380
--	-----

6.2. Aspecte obligatorii ale notificării	381
--	-----

§7. Reprezentarea debitorului în cursul procedurii	383
--	-----

7.1. Perioada judecării cererii introductive	383
--	-----

7.2. Perioada de observație	383
-----------------------------	-----

7.3. Reprezentarea în perioada de reorganizare judiciară	384
7.4. Reprezentarea în faliment	385
7.5. Aspecte specifice ale reprezentării debitorului în procedură	385
7.6. Reprezentarea în contextul închiderii procedurii	387
<i>Secțiunea a 5-a. Concursul dintre legislația achizițiilor publice și Codul insolvenței</i>	389

CAPITOLUL VIII. CATEGORII DE CREANȚE. MASA ACTIVĂ ȘI MASA PASIVĂ

PASIVĂ	392
<i>Secțiunea 1. Categorii de creanțe</i>	392
§1. Categorii de creanțe în dreptul insolvenței	392
1.1. Necesitatea identificării categoriilor de creanțe și importanța clasificării creanțelor pe categorii	392
1.2. Clasificarea creanțelor în Codul insolvenței	393
§2. Creanțele care beneficiază de cauze de preferință în procedura insolvenței	395
2.1. Calitatea în care participă titularii creanțelor care beneficiază de o cauză de preferință în procedura insolvenței	396
2.2. Avantajele acordate creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință în procedura insolvenței	396
2.3. Situația accesoriilor	404
2.4. Prioritatea creditorilor titulari de creanțe care beneficiază de cauze de preferință la distribuirea sumelor obținute în urma lichidării bunurilor grevate de cauze de preferință	405
2.5. Prezentarea unor situații particulare în legătură cu creanțele care beneficiază de o cauză de preferință	407
§3. Creanțele bugetare	413
3.1. Despre titularul creanței bugetare	413
3.2. Cerințele pe care trebuie să le îndeplinească creanța bugetară	414
3.3. Despre creanțele bugetare beneficiare ale unei cauze de preferință participante la procedura insolvenței	417
3.4. Calitatea în care participă titularii creanțelor bugetare în procedura insolvenței	418
3.5. Discuții în legătură cu majorările de întârziere	418
3.6. Discuții în legătură cu creanțele bugetare pentru care s-a instituit sechestru	419
§4. Creanțele salariale	420
4.1. Semnificația expresiei <i>creanțe salariale</i> în Codul insolvenței	420
4.2. Dovada creanțelor salariale. Titlul de creanță constatat	421
4.3. Titularii creanțelor salariale. Drepturile acestora în procedura insolvenței	421
4.4. Particularități ale creanțelor salariale în procedura insolvenței	424
4.5. Posibilitatea denunțării contractului individual de muncă. Situația juridică nefavorabilă în care se găsesc salariații angajatorului supus procedurii de insolvență	424
4.6. Fondul de garantare a creanțelor salariale	429

<i>Secțiunea a 2-a. Masa activă în procedura insolvenței</i>	431
§1. Considerații generale	431
1.1. Noțiunea de masă activă	431
1.2. Corelația dintre noțiunile de patrimoniu, averea debitorului, masa activă și masa credală	432
1.3. Competența de stabilire a masei active	435
§2. Etapele stabilirii masei active	436
2.1. Aspecte introductive	436
2.2. Întocmirea listei bunurilor debitorului	437
2.3. Identificarea bunurilor din averea debitorului	440
2.4. Sigilarea bunurilor din averea debitorului și a actelor întocmite de acesta	442
2.5. Inventarierea bunurilor din averea debitorului	444
2.6. Conservarea bunurilor din averea debitorului	450
<i>Secțiunea a 3-a. Masa pasivă în procedura insolvenței</i>	455
§1. Considerații generale	455
1.1. Noțiunea de masă pasivă	455
1.2. Caracterele și funcțiile procesului de stabilire a masei pasive	457
1.3. Competența de stabilire a masei pasive	458
1.4. Aspecte de ordin sancționator	459
§2. Etapele parcurse în vederea stabilirii masei pasive	460
2.1. Aspecte introductive	460
2.2. Întocmirea listei creditorilor	460
2.3. Notificarea privind înregistrarea creanțelor. Termene procedurale	463
2.4. Tipuri de creanțe. Depunerea și verificarea cererilor de admitere a creanțelor	465
2.5. Tabelul preliminar al creanțelor	478
2.6. Contestațiile privind creanțele creditorilor	485
2.8. Tabelul definitiv al creanțelor	488

CAPITOLUL IX. ACȚIUNILE ÎN ANULAREA ACTELOR FRAUDULOASE DIN PERIOADA SUSPECTĂ

	493
<i>Secțiunea 1. Aspecte preliminare</i>	493
<i>Secțiunea a 2-a. Domeniul de aplicare a acțiunii în anulare</i>	493
§1. Aspecte generale de analiză	494
§2. Excluderi	495
2.1. Necompetența sau competența judecătorului-sindic	495
2.2. Regula <i>business as usual</i>	496
<i>Secțiunea a 3-a. Analiza cazurilor cuprinse în dispozițiile art. 117 alin. (2) din cod</i>	499
§1. Actele juridice cu titlu gratuit	500
1.1. Categoria de acte ce intră în sfera de reglementare	500
1.2. Atitudinea subiectivă a părților contractante	502
1.3. Sancțiunea aplicabilă	503
1.4. Excepțiile de la incidența acțiunii în anulare	504
1.5. Calificarea juridică a actului	505
1.6. Forma actului	505

1.7. Data actului cu titlu gratuit trebuie să fie plasată în perioada suspectă	506
1.8. Condiția inexistenței bunurilor suficiente pentru acoperirea pasivului	506
1.9. Probe necesare admiterii acțiunii. Sarcina probei	507
1.10. Fiducia	507
§2. Acte dezechilibrate	508
2.1. Contracte comutative	509
2.2. Caracterul actului	509
2.3. Depășirea vădită a prestației debitorului	511
2.4. Starea de încetare de plăți a debitorului	511
2.5. Argumentele pentru o nulitate parțială a contractului	512
2.6. Necesitatea unei nulități totale a contractului	513
2.7. Dovada prețului derizoriu	514
2.8. Consecința admiterii acțiunii	514
§3. Acte încheiate în conivență frauduloasă cu terții	515
3.1. Condiția specială de admitere a acțiunii: complicitatea terțului la fraudă	515
3.2. Scopul înțelegerii	516
3.3. Dovada complicității terțului	517
3.4. Absența intenției de a leza drepturile creditorilor	518
§4. Transferuri preferențiale	519
4.1. Darea în plată. Lipsa dovezii privind existența prejudiciului	521
4.2. Raportul dintre valori	521
4.3. Modalitatea anormală a plății	522
4.4. Efectele admiterii acțiunii	523
§5. Transformarea creanțelor chirografare în garantate	524
5.1. Rațiunea consacrării legale	525
5.2. Cauzele de preferință vizate de textul legal	526
5.3. Data constituirii cauzei de preferință	528
5.4. Presumpția de fraudă	528
§6. Plata datoriilor nescadente	530
6.1. Modalitatea plății	531
6.2. Consecințele nulității	532
6.3. Poziția cocontractantului	533
6.4. Mijloace de plată admise	533
§7. Actele juridice încheiate cu scop special	534
§8. Actele juridice încheiate cu persoane având relații speciale cu debitorul	535
8.1. Precizări introductive	535
8.2. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. a)	536
8.3. Actele sau operațiunile prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. b)	537
8.4. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. c)	538
8.5. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. d)	539
8.6. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. e)	540
8.7. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. f)	541
8.8. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. g)	542

<i>Secțiunea a 4-a. Modul de funcționare a acțiunilor în anularea actelor frauduloase</i>	542
§1. Relația debitor falit – terț dobânditor	542
§2. Relația debitor falit – terț dobânditor – subdobânditor	543
<i>Secțiunea a 5-a. Noutățile introduse prin Codul insolvenței la nivelul instituției acțiunilor în anularea actelor frauduloase</i>	544
§1. Efectul reversibil al defavorizării creanțelor prin planul de reorganizare. Sumele obținute din admiterea acțiunilor revocatorii se distribuie creditorilor	544
§2. Modificări ale întinderii perioadei suspecte	545
2.1. Restrângerea perioadei suspecte generale	545
2.2. Extinderea perioadei suspecte speciale	545
§3. Calitatea procesuală a creditorului majoritar în formularea acțiunilor revocatorii falimentare	546
§4. Regimul restituirii, quantumul despăgubirilor și ordinea de prioritate a terțului dobânditor	547
4.1. Regimul restituirii	547
4.2. Quantumul despăgubirilor și ordinea de prioritate a terțului de bună-credință	547
4.3. Quantumul despăgubirilor și ordinea de prioritate a terțului de rea-credință	548
§5. Quantumul despăgubirilor și poziționarea subdobânditorului de rea-credință	548
§6. Alte modificări care vizează obligativitatea „transparenței procedurale” a debitorului, în privința listei vizând actele și operațiunile aferente perioadei suspecte	549
§7. Caracterul prioritar și exclusiv al acțiunilor revocatorii falimentare raportat la acțiunea pauliană de drept comun	549
§8. Posibila răspundere a terțului dobânditor de rea-credință	550
§9. Consecințele acțiunilor revocatorii falimentare în materia răspunderii fostelor organe de conducere	551
<i>Secțiunea a 6-a. Acțiunile în anularea actelor frauduloase – între realitate și necesitate</i>	551

CAPITOLUL X. SITUAȚIA CONTRACTELOR ÎN CURS 553

<i>Secțiunea 1. Considerente generale</i>	553
---	-----

<i>Secțiunea a 2-a. Principiul maximizării averii debitorului</i>	554
---	-----

<i>Secțiunea a 3-a. Dreptul de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar privind denunțarea contractelor în derulare</i>	555
--	-----

§1. Contractul în derulare – obiect al dreptului de opțiune	556
---	-----

§2. Titularul dreptului de opțiune	560
------------------------------------	-----

§3. Momentul procedural al exercitării opțiunii	560
---	-----

§4. Formele opțiunii	561
----------------------	-----

§5. Interesele protejate prin exercitarea dreptului de opțiune	562
--	-----

§6. Efectele exercitării dreptului de opțiune	562
---	-----

§7. Soarta contractului continuat din prisma pârghiilor reale aflate la dispoziția practicianului în insolvență pentru a pune în executare opțiunea legal exprimată	563
<i>Secțiunea a 4-a. Atingeri aduse de procedura insolvenței principiilor dreptului comun al contractelor</i>	564
§1. Inaplicabilitatea unora dintre principiile dreptului comun al contractelor încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței	564
§2. Competența exclusivă a judecătorului-sindic în soluționarea cererilor privind măsurile administratorului judiciar	566
§3. Revenirea la principiul libertății contractuale în situația în care culpa în executare se produce ulterior menținerii contractului	568
<i>Secțiunea a 5-a. Analiza categoriilor de contracte</i>	568
§1. Contractele translativ de proprietate	568
1.1. Contractul de vânzare-cumpărare cu rezerva dreptului de proprietate	568
1.2. Promisiunile bilaterale de vânzare-cumpărare	569
1.3. Contractele de vânzare-cumpărare ce au ca obiect bunuri aflate în tranzit	571
1.4. Contracte având ca obiect bunuri sau valori cotate pe piețe reglementate	572
§2. Contractele privind cedarea folosinței bunurilor	572
§3. Contractele în temeiul cărora debitorul deține bunuri aparținând altor persoane	573
§4. Contractele încheiate în vederea asigurării finanțării activității debitorului	574
§5. Contractele de leasing financiar	575
§6. Contractele de muncă	577
§7. Contractele <i>intuitu personae</i>	578
§8. Contractul de societate	579
<i>Secțiunea a 6-a. Modificarea impusă a contractului în procedura insolvenței</i>	580
<i>Secțiunea a 7-a. Posibilitatea cesiunii contractelor, cu excepția celor intuitu personae</i>	581

CAPITOLUL XI. REORGANIZAREA 583

<i>Secțiunea 1. Geneza instituției</i>	583
§1. Bankruptcy Code – Chapter 11	583
1.1. Scurte considerații privind cadrul legal al procedurii de insolvență al Statelor Unite ale Americii	583
1.2. Cererea de reorganizare	584
1.3. Competența	585
1.4. Participanții la procedură	585
1.5. Efectele deschiderii procedurii	587
1.6. Mecanismele procedurii de reorganizare. Structura Chapter 11	588
1.7. Modificarea planului	589
§2. Dreptul francez (<i>le règlement judiciaire</i>)	589
2.1. Persoanele ce pot fi supuse procedurii de reorganizare	589

2.2. Cererea privind deschiderea procedurii	589
2.3. Participanții la procedura de insolvență	589
2.4. Deschiderea procedurii de reorganizare	590
2.5. Efectele deschiderii procedurii	591
2.6. Planul de reorganizare	591
2.7. Prioritatea creanțelor în cadrul procedurii de reorganizare	591
<i>Secțiunea a 2-a. Concepția și reglementarea reorganizării în viziunea Legii nr. 64/1995 și a Legii nr. 85/2006</i>	591
§1. Elemente de referință	591
§2. Deficiențe și disfuncționalități sesizate în modul de aplicare în practică a Legii nr. 85/2006 în privința procedurii de reorganizare	594
<i>Secțiunea a 3-a. Evoluții și tendințe la nivel european</i>	595
§1. Schimbarea viziunii la nivel european	595
§2. Comunicările Comisiei Europene	596
<i>Secțiunea a 4-a. Cazuistica unor reorganizări reușite la nivelul jurisprudenței europene/internaționale</i>	598
§1. Lehman Brothers Holdings	598
§2. American Airlines	598
§3. General Motors	598
<i>Secțiunea a 5-a. Procedura reorganizării în Codul insolvenței</i>	599
<i>Secțiunea a 6-a. Noțiuni generale privind planul de reorganizare</i>	600
<i>Secțiunea a 7-a. Persoanele, termenii și condițiile în care se poate propune planul de reorganizare</i>	601
§1. Debitorul	602
§2. Unul sau mai mulți creditor	604
§3. Administratorul judiciar	606
§4. Posibilitatea de prelungire a termenului de depunere a planului de reorganizare	606
<i>Secțiunea a 8-a. Situațiile de incompatibilitate privind depunerea unui plan de reorganizare de către debitor</i>	608
<i>Secțiunea a 9-a. Conținutul planului de reorganizare</i>	609
§1. Corelarea definiției procedurii de reorganizare și a tuturor cerințelor privind conținutul planului de reorganizare	609
§2. Perspectivele de redresare, aspecte financiare și manageriale	609
§3. Programul de plată a creanțelor	609
§4. Excepții de la regula pro rata a programului de plăți	613
4.1. Sumele provenite din reușita acțiunilor revocatorii falimentare	613
4.2. Sume provenite din atragerea răspunderii administratorului special, dacă este cazul	614
4.3. Restructurarea unor contracte în afara planului de reorganizare	615
§5. Reguli de tratament a creanțelor prin planul de reorganizare	615
5.1. Defavorizarea creanțelor și tratamentul acestora	616
5.2. Despăgubiri acordate creditorilor defavorizați într-o procedură de reorganizare	617
5.3. Descărcarea de răspundere	619
§6. Măsurile adecvate de implementare a planului de reorganizare	619

§7. Termenul de realizare a planului de reorganizare	631
7.1. Durata planului de reorganizare	631
7.2. Modificarea planului de reorganizare	633
<i>Secțiunea a 10-a. Aprobarea și confirmarea planului de reorganizare</i>	635
§1. Publicitatea planului de reorganizare	635
§2. Votarea planului de către creditorii	637
2.1. Regulile de vot	637
2.2. Categoria creditorilor indispensabili	638
2.3. Situația creditorilor care se află sub control comun cu debitorul	640
§3. Confirmarea planului de reorganizare	642
3.1. Noile reguli de confirmare a planului de reorganizare	642
3.2. Tratamentul corect și echitabil	642
3.3. Judecătorul-sindic – atribuții în stabilirea viabilității?	644
3.4. Efectele confirmării planului de reorganizare	645
<i>Secțiunea a 11-a. Reorganizarea. Reinserția debitorului în activitatea economică</i>	646
§1. Implementarea măsurilor stabilite prin planul de reorganizare	646
§2. Regula <i>business-as-usual</i>	647
§3. Imperativul plății creanțelor curente – prima verificare a viabilității unui plan de reorganizare	648
§4. Noua poziționare a furnizorilor de utilități	648
§5. Rapoartele trimestriale și importanța acestora	649
§6. Respectarea atât a programului de plăți, cât și plata creanțelor curente – noua cerință pentru reușita planului de reorganizare	649
§7. Stabilitatea sau riscul unor acte sau operațiuni efectuate ulterior confirmării planului de reorganizare	650
7.1. Drepturile câștigate ale creditorilor în privința plăților încasate în timpul reorganizării	650
7.2. Nulitatea <i>ope legis</i> a actelor cu titlu gratuit	650
7.3. Prezumția de fraudă în privința anumitor acte efectuate între confirmarea planului de reorganizare și faliment	651
§8. Închiderea procedurii de reorganizare	651
<i>Secțiunea a 12-a. Planul de reorganizare. Studii de caz</i>	653
§1. Aspecte generale privind metodele de reorganizare	653
§2. Primul studiu de caz: reorganizarea grupului de societăți	653
2.1. Considerații generale	653
2.2. Analiza strategiei și a metodelor de reorganizare	654
§3. Cel de-al doilea studiu de caz: planul de reorganizare – între negociere, strategie și finalitate	658
3.1. Noțiuni generale	658
3.2. Necesitatea reorganizării	660
3.3. Prezentarea activului debitoarei	661
3.4. Prezentarea pasivului debitoarei	662
3.5. Strategia de reorganizare și sursele de finanțare a planului de reorganizare	663
3.6. Categorii de creanțe, tratamentul creanțelor și programul de plată al creanțelor	665

3.7. Plata creanțelor deținute împotriva averii debitoare; Programul de plată al creanțelor înscrise în tabelul definitiv	666
3.8. Plata remunerației administratorului judiciar	667
3.9. Durata planului de reorganizare	667
3.10. Comparatie între sumele prevăzute a se plăti creditorilor prin planul de reorganizare și valoarea estimativă ce ar putea fi primită de aceștia în caz de faliment	667
3.11. Descărcarea de răspundere și obligații a debitoare	670
3.12. Modalitatea de implementare a planului de reorganizare; închiderea procedurii	670

CAPITOLUL XII. FALIMENTUL ȘI LICHIDAREA 671

Secțiunea 1. Falimentul 671

§1. Preliminarii 671

1.1. Noțiunea de faliment 672

1.2. Definiție 672

1.3. Caracterele juridice ale falimentului 673

§2. Cazurile de aplicare a procedurii falimentului 674

2.1. Enumerarea cazurilor 674

2.2. Hotărârea judecătoarei-sindic privind deschiderea falimentului 682

§3. Efectele deschiderii falimentului 683

3.1. Notificarea deschiderii falimentului 684

3.2. Mențiuni privitoare la procedură, în corespondența debitorului. Obligația de publicitate față de terți a deschiderii procedurii 685

3.3. Obligația de a comunica acte și informații 686

3.4. Dizolvarea societății 686

3.5. Ridicarea dreptului de administrare 686

3.6. Desemnarea sau, după caz, confirmarea lichidatorului judiciar 688

3.7. Tabelul suplimentar și tabelul definitiv consolidat 690

3.8. Scadența anticipată a creanțelor neajunse la termen 692

3.9. Verificarea creanțelor înregistrate 693

3.10. Întocmirea tabelului suplimentar al creanțelor 693

3.11. Contestațiile privind creanțele creditorilor 694

3.12. Aspecte practice care au generat probleme de drept în legătura cu obiectul contestațiilor la tabelul suplimentar de creanțe 695

3.13. Întocmirea și afișarea tabelului definitiv consolidat 698

Secțiunea a 2-a. Măsurile premergătoare lichidării averii debitorului 698

§1. Predarea gestiunii averii debitorului 698

§2. Sigilarea bunurilor din averea debitorului 702

§3. Inventarierea bunurilor din averea debitorului 703

§4. Conservarea bunurilor din averea debitorului 707

§5. Evoluții legislative 709

Secțiunea a 3-a. Lichidarea bunurilor din averea debitorului 709

§1. Principii 709

§2. Evaluarea 710

§3. Regulamentul de vânzare 716

§4. Tipuri și metode de vânzare 719

4.1. Vânzarea prin negociere directă în condițiile Legii nr. 85/2006	720
4.2. Vânzarea prin negociere directă în condițiile Codului insolvenței a bunurilor mobile și/sau imobile (individual)	724
4.3. Vânzarea prin licitație publică	724
4.4. Vânzarea în bloc	732
4.5. Vânzarea valorilor mobiliare	734
4.6. Alte tipuri de valorificare a bunurilor din averea debitorului	734
§5. Lichidarea averii comerciantului persoană fizică	736
§6. Actele de transfer al dreptului de proprietate asupra bunurilor vândute în cadrul lichidării	736
§7. Situații speciale	737

CAPITOLUL XIII. DISTRIBUIREA ÎN INSOLVENȚĂ 739

<i>Secțiunea 1. Considerații introductive</i>	739
---	-----

<i>Secțiunea a 2-a. Tabelul creanțelor și alte situații de calcul necesare distribuirii</i>	741
---	-----

§1. Falimentul direct	741
-----------------------	-----

§2. Situații necesare în practică pentru distribuire	743
--	-----

§3. Falimentul consecutiv unei reorganizări eșuate	745
--	-----

§4. Problema priorității creanțelor înscrise în tabelul suplimentar de creanțe	746
---	-----

<i>Secțiunea a 3-a. Distribuirea</i>	749
--------------------------------------	-----

§1. Distribuirea în ordinea prevăzută de Legea nr. 85/2006 și Codul insolvenței	749
--	-----

1.1. Tabel de creanțe conținând doar creditori chirografari	749
---	-----

1.2. Tabel de creanțe cuprinzând doar creditori garantați/cu drepturi de preferință	752
--	-----

1.3. Tabel de creanțe cuprinzând atât creditori chirografari, cât și creditori garantați	756
---	-----

CAPITOLUL XIV. ÎNCHIDEREA PROCEDURII 760

<i>Secțiunea 1. Considerente generale</i>	760
---	-----

<i>Secțiunea a 2-a. Închiderea procedurii în alte legislații – elemente de drept comparat</i>	760
---	-----

§1. Închiderea procedurii insolvenței în legislația franceză	760
--	-----

1.1. Condițiile închiderii	761
----------------------------	-----

1.2. Calendarul închiderii – termene judiciare	761
--	-----

1.3. Cazurile de închidere a procedurii	762
---	-----

§2. Închiderea procedurii lichidării judiciare în SUA comparativ cu dreptul francez al insolvenței	762
---	-----

2.1. Procedura de lichidare a activelor debitorului	763
---	-----

2.2. Plata pasivului	764
----------------------	-----

§3. Închiderea procedurii insolvenței și efectele închiderii procedurii în alte state europene	765
---	-----

3.1. Anglia	765
-------------	-----

3.2. Austria	766
--------------	-----

3.3. Belgia	766
3.4. Finlanda	767
3.5. Germania	768
3.6. Irlanda	769
3.7. Italia	769
<i>Secțiunea a 3-a. Aspecte generale privind cazurile de închidere a procedurii insolvenței din Legea nr. 64/1995</i>	770
<i>Secțiunea a 4-a. Închiderea procedurii insolvenței în viziunea Legii nr. 85/2006</i>	771
<i>Secțiunea a 5-a. Închiderea procedurii insolvenței în viziunea Codului insolvenței</i>	772
§1. Cazuri de închidere a procedurii insolvenței	772
1.1. Cazurile prevăzute de art. 174	772
1.2. Cazurile prevăzute de art. 175	778
1.3. Cazul prevăzut de art. 176	781
1.4. Cazul prevăzut de art. 177	785
1.5. Cazul prevăzut de art. 178	787
§2. Cazuri speciale de închidere a procedurii	789
§3. Cazuri atipice de închidere a procedurii insolvenței	789
3.1. Închiderea procedurii pentru lipsa capacității procesuale a debitorului	790
3.2. Închiderea procedurii ca urmare a renunțării reclamantului creditor la judecată	790
3.3. Închiderea procedurii din perioada de observație	791
<i>Secțiunea a 6-a. Aspecte comune identificate în doctrina și practica judiciară referitoare la închiderea procedurii insolvenței</i>	792
<i>Secțiunea a 7-a. Efectele închiderii procedurii insolvenței</i>	795
§1. Efectele generale ale închiderii procedurii	796
1.1. Opozabilitatea hotărârii de închidere a procedurii – art. 179 din Codul insolvenței	796
1.2. Descărcarea de îndatoriri sau responsabilități a judecătorului-sindic, administratorului/lichidatorului și a altor persoane cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați – art. 181 din Codul insolvenței	796
1.3. Descărcarea debitorului de obligațiile patrimoniale avute anterior deschiderii procedurii – art. 181. Efectele fiscale ale acestei descărcări reflectate în patrimoniul creditorilor	798
§2. Efectele specifice închiderii procedurii raportate la cazurile de închidere a procedurii insolvenței	801
2.1. Radierea debitorului din evidențele fiscale și comerciale	801
<i>Secțiunea a 8-a: Hotărârea de închidere a procedurii insolvenței</i>	805

CAPITOLUL XV. RĂSPUNDEREA PENTRU INTRAREA DEBITORULUI ÎN INSOLVENȚĂ

<i>Secțiunea 1. Considerații generale</i>	807
§1. Preliminarii	807
§2. Rațiunile răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență	807
§3. Contextul legislativ	808

Secțiunea a 2-a. Răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență.

<i>Condițiile</i>	809
§1. Domeniul de aplicare a răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență	809
§2. Persoanele răspunzătoare pentru intrarea debitorului în insolvență	810
§3. Natura juridică a răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență	811
§4. Condițiile răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență	812
4.1. Fapta ilicită	812
4.2. Prejudiciul	818
4.3. Raportul de cauzalitate	820
4.4. Vinovăția	822
4.5. Caracterul solidar al răspunderii persoanelor pentru intrarea debitorului în insolvență	823
4.6. Cauze de exonerare de răspundere	824
4.7. Raportul dintre răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență și răspunderea de drept comun a administratorilor societății	825
4.8. Raportul dintre răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență și acțiunea în anularea actelor frauduloase	826
4.9. Raportul dintre răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență și repararea prejudiciului în procesul penal	828

Secțiunea a 3-a. Răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență.

<i>Procesul</i>	828
§1. Competența	828
§2. Calitatea procesuală activă	829
§3. Termenul de prescripție	830
§4. Probe	831
§5. Măsurile asigurătorii	832
§6. Căi de atac	832
§7. Executarea hotărârii	833
§8. Sancțiuni nepatrimoniale	834

CAPITOLUL XVI. INSOLVENȚA GRUPULUI DE SOCIETĂȚI 836*Secțiunea 1. Introducere* 836

§1. Grupul de societăți. Noțiuni generale	836
§2. Grupul de societăți și insolvența	836

Secțiunea a 2-a. Contextul reglementării 837

§1. Stadiul legiferării insolvenței grupurilor de societăți la nivel european	837
§2. Sisteme de transpunere a legislației insolvenței grupurilor de societăți în dreptul intern	838

Secțiunea a 3-a. Definiții relevante 839

§1. Cererea comună de deschidere a procedurii insolvenței	839
§2. Coordonarea procedurală	840
§3. Grupul de societăți. Controlul. Participația calificată	840
§4. Membru al grupului. Membru controlat al grupului	841
§5. Obligația de cooperare	841
§6. Societatea-mamă	842

<i>Secțiunea a 4-a. Domeniul de reglementare</i>	842
<i>Secțiunea a 5-a. Competența</i>	842
<i>Secțiunea a 6-a. Organele care aplică procedura</i>	842
§1. Judecătorul-sindic	842
§2. Administratorul judiciar	843
§3. Administratorul special	843
§4. Comitetul creditorilor	844
<i>Secțiunea a 7-a. Elemente procedurale specifice</i>	844
§1. Deschiderea procedurii	844
§2. Înscrierea creanțelor	845
2.1. Creanțele creditorilor obișnuiți	845
2.2. Creanțele membrilor grupului	845
§3. Tratatamentul acțiunilor în anulare	846
§4. Planul de reorganizare	846
§5. Contractele de împrumut	846
§6. Închiderea procedurii	847
§7. Jurisprudența relevantă în privința insolvenței transfrontaliere a grupului de societăți	847
7.1. Cazul <i>Maxwell Communication Corporation</i>	847
7.2. Cazul <i>KNPQwest</i>	848
7.3. Cazul <i>Lehman Brothers</i>	848
<i>Secțiunea a 8-a. Concluzii cu privire la insolvența grupului de societăți</i>	849
CAPITOLUL XVII. FALIMENTUL INSTITUȚIILOR DE CREDIT	850
<i>Secțiunea 1. Abordarea insolvenței instituțiilor de credit în diferite reglementări</i>	850
<i>Secțiunea a 2-a. Proceduri speciale de supraveghere, redresare, restructurare și stabilizare</i>	852
§1. Supravegherea specială	852
§2. Administrarea specială	852
§3. Măsurile de stabilizare	854
§4. Corelația dintre lichidarea voluntară și faliment	854
§5. Corelația între atribuțiile B.N.R. și autoritatea de supraveghere europeană	855
<i>Secțiunea a 3-a. Falimentul instituțiilor de credit, reglementat de Codul insolvenței</i>	855
§1. Precizări prealabile	855
§2. Domeniul de aplicare al procedurii falimentului instituțiilor de credit	857
§3. Particularități în privința participanților la procedura insolvenței	858
3.1. Judecătorul-sindic	858
3.2. Lichidatorul judiciar	860
3.3. Comitetul creditorilor	865
3.4. Adunarea creditorilor	865
3.5. Banca Națională a României	866
3.6. Reprezentantul acționarilor	866

<i>Secțiunea a 4-a. Cerințele deschiderii procedurii falimentului în privința unei instituții de credit</i>	866
§1. Starea de insolvență	866
§2. Cererile introductive	867
2.1. Cererea instituției de credit	868
2.2. Cererea creditorului	869
2.3. Cererea Băncii Naționale a României	869
§3. Efectele înregistrării cererii	870
§4. Contestarea stării de insolvență de către instituția de credit debitoare	871
§5. Efectele imediate ale deschiderii procedurii falimentului – particularități	871
<i>Secțiunea a 5-a. Lichidarea averii debitoarei. Tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive</i>	873
§1. Procedura valorificării	875
1.1. Etapele procedurii de valorificare	875
1.2. Distribuția sumelor în cadrul falimentului instituțiilor de credit	876
<i>Secțiunea a 6-a. Răspunderea organelor de conducere, a cenzorilor și a personalului de execuție sau cu atribuții de control din instituția de credit ajunsă în faliment</i>	878
<i>Secțiunea a 7-a. Închiderea procedurii falimentului instituțiilor de credit</i>	880
<i>Secțiunea a 8-a. Mențiuni finale</i>	880

CAPITOLUL XVIII. FALIMENTUL SOCIETĂȚILOR DE ASIGURARE/

REASIGURARE	882
<i>Secțiunea 1. Precizări prealabile</i>	882
<i>Secțiunea a 2-a. Noțiunea și particularitățile activității de asigurare</i>	883
<i>Secțiunea a 3-a. Tratamentul juridic aplicat societăților de asigurare în dificultate financiară</i>	884
§1. Considerații introductive	884
§2. Redresarea financiară a societăților de asigurare	884
2.1. Noțiunea și caracterele redresării financiare	885
2.2. Scopul redresării financiare	886
2.3. Conținutul redresării financiare și modalitățile de realizare	887
2.4. Legea aplicabilă procedurii redresării financiare	887
2.5. Măsurile specifice redresării financiare	889
§3. Redresarea societăților de asigurare pe bază de plan de redresare financiară	891
3.1. Noțiuni introductive	891
3.2. Planul de redresare financiară	891
§4. Redresarea societăților de asigurare prin administrare specială	893
4.1. Noțiuni introductive	893
4.2. Administratorul special	893
4.3. Efectele instituirii administrării speciale	893
4.4. Atribuțiile administratorului special	894
§5. Închiderea procedurii de redresare financiară	895
5.1. Cazurile de închidere a procedurii	895

5.2. Publicitatea deciziei de închidere a procedurii	895
5.3. Plata creanțelor de asigurări	895
5.4. Subrogarea Fondului de garantare în drepturile creditorilor	897
<i>Secțiunea a 4-a. Corelația între atribuțiile B.N.R. și atribuțiile A.S.F. în procedura de restructurare prin administrare specială</i>	897
<i>Secțiunea a 5-a. Falimentul societăților de asigurare/reasigurare</i>	900
§1. Dispoziții generale aplicabile	900
§2. Deschiderea procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare	903
2.1. Cererea debitorului	903
2.2. Cererile creditorilor	904
2.3. Deschiderea procedurii la cererea A.S.F.	905
§3. Pronunțarea falimentului și desemnarea lichidatorului judiciar	906
§4. Primele măsuri	907
§5. Specificul atribuțiilor organelor care aplică procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare	908
§6. Alte dispoziții referitoare la activitatea lichidatorului judiciar (art. 259-261)	913
<i>Secțiunea a 6-a. Efectele deschiderii procedurii</i>	914
§1. Interdicția înstrăinării participațiilor la capitalul social al debitorului	914
§2. Ridicarea dreptului de administrare al societății de asigurare debitoare	914
§3. Retragera autorizăției de funcționare a societății de asigurare/reasigurare	915
§4. Suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare sau extrajudiciare și a măsurilor de executare silită	916
§5. Regimul juridic al creanțelor de asigurări	916
§6. Regularizarea contractelor	916
<i>Secțiunea a 7-a. Efectuarea lichidării falimentare specifice societăților de asigurare/reasigurare</i>	916
<i>Secțiunea a 8-a. Distribuirea. Plata creditorilor de asigurări</i>	918
<i>Secțiunea a 9-a. Răspunderea organelor de conducere ale societății de asigurare/reasigurare</i>	919
<i>Secțiunea 10-a. Închiderea procedurii</i>	920
<i>Secțiunea a 11-a. Corelație între atribuțiile B.N.R. și atribuțiile A.S.F. în procedura falimentului</i>	922
CAPITOLUL XIX. INSOLVENȚA TRANSFRONTALIERĂ	924
<i>Secțiunea 1. Noțiune</i>	924
<i>Secțiunea a 2-a. Reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței</i>	925
<i>Secțiunea a 3-a. Conflictele de jurisdicție în materia insolvenței transfrontaliere</i>	926
<i>Secțiunea a 4-a. Stabilirea instanței căreia îi aparține competența jurisdicțională</i>	927
<i>Secțiunea a 5-a. Determinarea legii aplicabile procedurii insolvenței cu element de extraneitate</i>	931
<i>Secțiunea a 6-a. Chestiuni incidentale</i>	935

<i>Secțiunea a 7-a. Efectele hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență</i>	936
§1. Recunoașterea hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență	937
§2. Efectele recunoașterii hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență	941
§3. Recunoașterea și efectele hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență în raportul dintre statele membre ale Uniunii Europene	942
<i>Secțiunea a 8-a. Coordonarea procedurii insolvenței grupurilor de societăți</i>	944

CAPITOLUL XX. RĂSPUNDEREA PENALĂ PENTRU INFRAACȚIUNI ÎN LEGĂTURĂ CU INSOLVENȚA

948

<i>Secțiunea 1. Considerații generale</i>	948
---	-----

<i>Secțiunea a 2-a. Infraacțiunile de bancrută</i>	948
--	-----

§1. Bancruta – de la legile speciale la Codul penal	948
---	-----

§2. Insolvența ca situație premisă a infraacțiunilor de bancrută	949
--	-----

§3. Bancruta simplă	950
---------------------	-----

3.1. Incriminarea din noul Cod penal și incriminarea din Legea nr. 85/2006. Legea mai favorabilă	950
--	-----

3.2. Obiectul juridic și obiectul material al infraacțiunii	951
---	-----

3.3. Subiecții infraacțiunii	951
------------------------------	-----

3.4. Conținutul constitutiv al infraacțiunii	952
--	-----

3.5. Tentativa și consumarea infraacțiunii	953
--	-----

3.6 Aspecte procesuale și regimul sancționator	953
--	-----

§4. Bancruta frauduloasă	954
--------------------------	-----

4.1. Incriminarea din noul Cod penal și incriminarea din Legea nr. 85/2006. Legea mai favorabilă	954
--	-----

4.2. Obiectul juridic și obiectul material al infraacțiunii	954
---	-----

4.3. Subiecții infraacțiunii	954
------------------------------	-----

4.4 Conținutul constitutiv al infraacțiunii	955
---	-----

4.5. Tentativa și consumarea infraacțiunii	958
--	-----

4.6. Aspecte procesuale și regimul sancționator	958
---	-----

§5. Consecințele condiționării exercițiului acțiunii penale pentru infraacțiunile de bancrută de introducerea plângerii prealabile	958
--	-----

§6. Bancruta frauduloasă și abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor	960
---	-----

<i>Secțiunea a 3-a. Gestiunea frauduloasă și procedura insolvenței</i>	961
--	-----

§1. Asemănări și deosebiri față de reglementarea Codului penal din 1969 și cea a art. 144 din Legea nr. 85/2006 privind insolvența	961
--	-----

§2. Obiectul juridic și obiectul material al infraacțiunii	961
--	-----

§3. Subiecții infraacțiunii	962
-----------------------------	-----

§4. Situația premisă	962
----------------------	-----

§5 Conținutul constitutiv al infraacțiunii	962
--	-----

5.1. Latura obiectivă	962
-----------------------	-----

5.2. Latura subiectivă	963
------------------------	-----

§6. Tentativa și consumarea infraacțiunii	965
---	-----

§7. Aspecte procesuale și regimul sancționator	965
<i>Secțiunea a 4-a. Delapidarea și procedura insolvenței</i>	965
§1. Asemănări și deosebiri între reglementarea Codului penal din 1969 și cea a art. 145 din Legea nr. 85/2006 privind insolvența	965
§2. Obiectul juridic și obiectul material al infracțiunii	966
§3. Subiecții infracțiunii	967
§4. Conținutul constitutiv al infracțiunii	971
4.1. Latura obiectivă	971
4.2. Latura subiectivă	973
§5. Tentativa și consumarea infracțiunii	973
§6. Aspecte procesuale și regimul sancționator	973
<i>Secțiunea a 5-a. Dezincriminarea totală sau parțială a unor fapte prevăzute de Legea nr. 85/2006. Consecințe</i>	973
<i>Secțiunea a 6-a. Alte infracțiuni de serviciu în legătură cu procedura insolvenței</i>	974

CAPITOLUL XXI. CRIZA FINANCIARĂ ȘI INSOLVENȚA UNITĂȚILOR

ADMINISTRATIV-TERITORIALE	976
<i>Secțiunea 1. Câteva considerații cu caracter introductiv. Sfera de cuprindere a O.U.G. nr. 46/2013 și a Legii nr. 273/2006. Corelația cu dispozițiile Codului insolvenței</i>	976
<i>Secțiunea a 2-a. Noțiunea de criză financiară a unităților administrativ-teritoriale și condițiile în care aceasta poate fi constatată</i>	978
<i>Secțiunea a 3-a. Cine poate constata ori institui starea de criză financiară a unei unități administrativ-teritoriale și la cererea cui?</i>	980
<i>Secțiunea a 4-a. Comitetul pentru situații de criză financiară: componență, natură juridică și atribuții</i>	981
<i>Secțiunea a 5-a. Planul de redresare financiară: natură juridică, conținut, rol</i>	982
<i>Secțiunea a 6-a. Încetarea crizei financiare</i>	987
<i>Secțiunea a 7-a. Noțiunea de insolvență a unităților administrativ-teritoriale și condițiile în care aceasta poate fi constatată</i>	988
<i>Secțiunea a 8-a. Cine poate solicita deschiderea procedurii de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale?</i>	990
<i>Secțiunea a 9-a. Instanțele judecătorești implicate în procedura insolvenței unităților administrativ-teritoriale și rolul judecătorului-sindic în cadrul acestei proceduri. Participanții la procedura insolvenței unităților administrativ-teritoriale</i>	991
<i>Secțiunea a 10-a. Planul de redresare: natură juridică, conținut și rol</i>	994
<i>Secțiunea a 11-a. Rolul adunării creditorilor și al comitetului creditorilor în cadrul procedurii insolvenței unităților administrativ-teritoriale</i>	999
§1. Adunarea creditorilor	999
§2. Comitetul creditorilor	1000
<i>Secțiunea a 12-a. Închiderea procedurii insolvenței unităților administrativ-teritoriale</i>	1001
<i>Secțiunea a 13-a. Destinul juridic al actelor cu caracter fraudulos încheiate de o unitate administrativ-teritorială ajunsă în stare de insolvență și răspunderea</i>	

<i>patrimonială a persoanelor fizice care se fac vinovate de intrarea unității administrativ-teritoriale în stare de insolvență</i>	1003
---	------

CAPITOLUL XXII. INSOLVENȚA PERSOANEI FIZICE 1006

<i>Secțiunea 1. Evoluții istorice</i>	1006
<i>Secțiunea a 2-a. Tendințe actuale la nivel european</i>	1007
<i>Secțiunea a 3-a. Aspecte de drept comparat</i>	1009
§1. Legislația americană	1009
§2. Legislația europeană	1011
<i>Secțiunea a 4-a. Necesitatea unei reglementări a insolvenței persoanei fizice în România</i>	1018
<i>Secțiunea a 5-a. Principiile, scopul și destinatarii reglementării</i>	1023
<i>Secțiunea a 6-a. Insolvența persoanei fizice și supraîndatorarea. Falimentul scuzabil</i>	1028

CAPITOLUL XXIII. REGIMUL FISCAL AL INSOLVENȚEI 1032

<i>Secțiunea 1. Procedurile de prevenire a insolvenței</i>	1032
§1. Considerații introductive	1032
§2. Testul creditorului privat	1033
<i>Secțiunea a 2-a. Fiscalitatea perioadei anterioare deschiderii procedurii</i>	1035
§1. Recalcularea profitului/pierderii	1035
§2. Regimul provizioanelor	1036
<i>Secțiunea a 3-a. Deschiderea procedurii</i>	1036
§1. Regimul majorărilor, dobânzilor, penalităților	1036
§2. Alte efecte fiscale	1038
§3. Tabelul de creanțe: creanțele bugetare	1039
<i>Secțiunea a 4-a. Fiscalitatea perioadei de observație</i>	1040
§1. Considerații introductive	1040
§2. Principalele repere	1041
§3. Obligațiile practicianului	1042
§4. Clasificarea obligațiilor fiscale pentru distribuire	1043
<i>Secțiunea a 5-a. Fiscalitatea reorganizării</i>	1043
§1. Considerații generale	1043
§2. Implicațiile fiscale ale unui plan ce prevede plata parțială a creanțelor (remiteri de datorie)	1044
2.1. Baza impozabilă cu impozit pe profit la debitor	1044
2.2. Efectele fiscale la creditor	1045
2.3. Efectele fiscale ale modificării planului	1046
<i>Secțiunea a 6-a. Fiscalitatea falimentului (lichidarea judiciară)</i>	1047
§1. Particularități ale procedurii falimentului care au consecințe de natură fiscală	1047
§2. Falimentul. Exercițiul fiscal	1048
§3. Închiderea procedurii cu un proces fiscal în curs	1048
§4. Impozitul pe profit	1049
4.1. Baza de calcul în faliment	1049
4.2. Profitul din vânzarea activelor	1050

4.3. Problema deductibilității provizioanelor	1050
4.4. Analiza bazei impozabile	1052
§5. Taxa pe valoare adăugată	1053
5.1. Situația creditorului	1053
5.2. Aplicarea regimului TVA vânzărilor de bunuri imobile (în insolvență)	1054
5.3. Regimul TVA al bunurilor mobile	1055
5.4. Aplicarea regimului TVA vânzărilor de bunuri în insolvență. Ajustarea	1056
5.5. Regimul TVA aplicabil la darea în plată sau achiziționarea de către creditor a unui bun în procedura falimentului și depunerea creanței drept preț – ipoteza unui bun impozabil și a unei societăți aflate în procedură plăitoare de TVA	1056
5.6. Regimul de scutire de TVA aplicabil transferului de afacere	1057
§6. Prevederi speciale privind regimul impozitelor și taxelor locale	1058

BIBLIOGRAFIE	1059
--------------	------

INDEX	1075
-------	------

CAPITOLUL I. INTRODUCERE.

ISTORIC ȘI DREPT COMPARAT

Secțiunea 1. Prezentare generală

1. Primele manifestări ale comerțului au apărut concomitent cu apariția ideii de proprietate^[1], când omul a conștientizat că anumite bunuri sunt ale sale și că acestea se delimitează de cele care aparțin altor persoane.

Deși inițial comerțul a fost practicat sub forma schimbului (*troc*) doar pentru satisfacerea necesităților existențiale de zi cu zi ale oamenilor, odată cu apariția banilor, trocul a fost înlocuit cu vânzarea-cumpărarea, comerțul devenind o profesie practică de un anumit grup specializat în această activitate, care nu mai urmărea realizarea propriilor trebuințe, ci satisfacerea nevoilor altora și obținerea de profit^[2]. Profitul fiind determinat de caracterul speculativ al comerțului, realizarea lui presupune un anumit risc, asumat de comercianți, fără ca prin aceasta activitatea comercială să se transforme într-un joc al hazardului, în care aleatoriul să domine. Totuși, este posibil ca un comerciant, în decursul activității desfășurate, ca o consecință a unor afaceri nereușite, să ajungă în situația de a nu mai putea face față datoriilor sale^[3].

Reglementarea activității comerciale, care derivă din spiritul legislației comerciale, permite o libertate mai mare pentru actorii acesteia, comercianții, dar impune în sarcina lor și obligații stricte datorită importanței valorilor vehiculate și necesității menținerii în funcțiune a sistemului economic^[4]. Toți comercianții care și-au asumat obligații participând la raporturi juridice sunt ținuti să și le execute, neexecutarea unei obligații prejudiciind nu numai pe creditorul respectivei obligații, ci și pe partenerii comerciali ai acestuia din urmă. Angrenarea unui comerciant în relații complexe și continue cu diverși furnizori (creditori), pe de o parte, și cu clienții (debitori) pe de altă parte, implică funcționarea mecanismului de încasări și plăți dintre aceștia. Dacă mecanismul se întrerupe, se blochează din cauza lipsei lichidităților la o verigă din acest circuit, activitatea mai multor comercianți, legați prin succesiunea operațiilor lor, este amenințată^[5].

Activitatea comercială se fundamentează atât pe promovarea creditului, cât și pe securitatea și celeritatea operațiilor comerciale, acestea reprezentând funcții vitale ale mediului economic care sunt grav afectate de declanșarea insolvenței comerciale.

Tocmai de aceea unii autori^[6] au asemănat *insolvența* cu o epidemie (o boală socială) ce se propagă cu o mare viteză în mediul de afaceri, mai ales dacă acesta este departe de a-și fi încheiat perioada de formare (cum a fost cazul, până nu de mult, și în țara noastră). Insolvența comercială, definită ca fiind incapacitatea unui debitor de a face față datoriilor sale exigibile cu sumele de bani disponibile, produce în mediul economic aceleași

[1] R.I. Motica, L. Bercea, *Drept comercial român*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 5.

[2] S. Angheni, *Drept comercial*, Ed. Oscar Print, București, 1997, p. 7.

[3] I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. V-VI.

[4] R. Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 13.

[5] R. Bufan, *Drept falimentar român*, Ed. Mirton, Timișoara, 1998, p. 1.

[6] I. Schiau, op. cit., p. 6.

efecte devastatoare pe care o maladie gravă le induce unui organism uman. Maladiile nu trebuie lăsate să prolifereze, și așa cum prevenirea și tratarea răului pe care ele îl reprezintă pentru om constituie o preocupare a societății, tot astfel prevenirea și remedierea efectelor insolvenței comerciale constituie, în țările civilizate, un domeniu prioritar de acțiune^[1].

2. Etimologic, termenul de *faliment* își are sorgintea în verbul latin *fallo-fallere*, tradus prin *a lipsi*, *a scăpa*, în sensul că debitorul falit nu-și îndeplinește obligația de plată (lipsește de la datoria de a plăti creditorii săi^[2]), dar, în același timp, având și sensul de a înșela, a amăgi (*fallo spem* – a înșela speranța)^[3]. Ulterior, acesta a fost transpus în limba italiană devenind verbul *fallire*, care se traduce prin a eșua, a da greș, a dezamăgi, a nu fi la înălțimea unor așteptări, (jur.) a fi supus unei declarații de faliment, și substantivul *fallimento*, care înseamnă faliment, eșec^[4], iar în franceză *faillite*^[5].

Persoana falitului era cunoscută sub denumirea de *decoctor*^[6] sau *defraudator*, iar după conturarea instituției falimentului în forma cunoscută în epoca modernă a fost desemnată ca *fallito* în limba italiană, *failli* în franceză, *fallido* în spaniolă și *failure* în engleză. Vocabularul limbii engleze mai conține și termenul de *bankruptcy*^[7], care reprezintă procedura în sine, precum și substantivul *bankrupt* ce personifică pe cel care nu este capabil să-și plătească integral datoriile și al cărui patrimoniu este administrat și lichidat în beneficiul creditorilor săi^[8].

3. Originea noțiunii de insolvență trebuie căutată în cuvântul german *zahlungsunfähigkeit* (*germeinschuldner*) care semnifică „neputința persistentă, sprijinită pe lipsa mijloacelor de plată ale debitorului, de a-și regula datoriile sale bănești exigibile”^[9]. Fiind catalogate drept expresii de cuprinzătoare exclusivitate de înțeles, intraductibile, nu se confundă cu cea de încetare de plăți (*zahlunseinstellung*), care denotă doar întreruperea continuității activității, adică o manifestare materială exterioară. Cu atât mai mult cuvântul nu se confundă nici cu insolvabilitatea debitorului (*uberschuldung*), respectiv depășirea activului patrimonial de către pasiv.

[1] *Idem*, p. VI.

[2] M. Pașcanu, Dreptul falimentar român, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 12.

[3] M.N. Costin, A. Miff, Instituția juridică a falimentului – evoluție și actualitate. Studiu de drept comparat, în R.D.C. nr. 3/1996, p. 47; M. Lungu, M. Lungu, Dicționar român-latin. Latin-român, Ed. Steaua Nordului, Constanța, 2003, p. 526.

[4] Pentru dezvoltări, a se vedea M.N. Costin, A. Miff, Falimentul. Evoluție și actualitate, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 31-32; M. Adameșteanu, G. Popescu, M. Suhan, Dicționar italian-român, Ed. Corint, București, 2007, p. 342.

[5] Substantivul *faillite* este sinonim cu *insolvency* – a se vedea, în acest sens, J. Baleyte, A. Kurgansky, Ch. Laroche, J. Spindler, Dictionnaire économique et juridique Français/Anglais, English/French, 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, p. 111; autorii susțin că deși Legea franceză nr. 65-563 din 13 iulie 1967 a modificat în mod profund conceptul, în lipsă de alți termeni juridici cuvântul este folosit în continuare în vorbirea curentă.

[6] Falitul, numit inițial decoctor, era considerat prin definiție un înșelător al bunei-credințe a creditorilor; potrivit dicționarului *decoctor*, -oris înseamnă om cheltuitor, risipitor, mofluz, falit – a se vedea, în acest sens, Dicționar latin-român, op. cit., p. 495.

[7] Termenul de *bankruptcy* provine din limba italiană – *banca rotta*, în traducere *banca ruptă*, după obiceiul din târgurile medievale de a sfărâma taraba (tejgheaua, banca) negustorului care nu-și mai putea onora datoriile asumate; a se vedea și M. Pașcanu, op. cit., p. 12.

[8] Little Oxford English Dictionary, 9th ed., Oxford University Press, 2006, p. 47-48; în același sens, Encarta. World English Dictionary, Ed. Bloomsbury, London, 1999, p. 142.

[9] Jäeger, Kommentar zur Konkursordnung II, p. 349, citat de C. Bălescu, Calificarea juridică a sentinței declarative de faliment și a noțiunii de încetare de plăți, în R.D.C.S.E. nr. 3/1940, p. 147.

Termenul de insolvență nu există în vocabularul francez, utilizându-se cel de *insolvabilitate*, dar semnificația fiecăruia rezultă din context.

Falimentul reprezintă o instituție juridică proprie economiei de piață care are menirea să contribuie la crearea unui climat de încredere pentru investitori, fie ei străini sau autohtoni, pentru creditori și, în general, pentru oamenii de afaceri, încredere ce se fundamentează pe existența unui cadru normativ apt să promoveze securitatea și respectarea angajamentelor asumate, punctualitatea și onestitatea în afaceri, dezvoltarea întreprinderilor performante în condițiile unei piețe concurențiale libere, redresarea acelor care au dificultăți financiare, dar sunt încă viabile, asanarea vieții economice prin eliminarea întreprinderilor ineficiente. În mod just considerăm că s-a afirmat în doctrină că o legislație a insolvenței adecvată nu poate și nu trebuie să tindă la îngrădirea legilor economice ale pieței, în special a libertății concurenței între entitățile prospere și cele insolvente, principala menire a acestei reglementări fiind aceea de a institui criterii corecte de operare și tratament față de debitorul insolvent^[1].

Secțiunea a 2-a. Scurt istoric

2.1. Dreptul Orientului

4. Majoritatea autorilor^[2] atribuie geneza instituției falimentului^[3] dreptului roman, ca derivat al executării silite a debitorului, deși sunt autori care menționează existența acestei instituții, într-o formă expresă, în vechiul Babilon^[4].

În descrierea elanului economic pe care l-a avut imperiul după campaniile militare din vest, în perioada 565-564 î.Chr., se menționează că Neriglissar, unul dintre ofițerii de bază a lui Nabucodonosor (devenit o importantă figură politică după ce s-a căsătorit cu fiica acestuia) a cumpărat, de la un bancher și de la un respectat om de afaceri al vremii care a falimentat, proprietatea acestora, prin agenția *Nabu-adhe-iddin* a casei de comerț *Egibi*. Astfel că, pe lângă noțiunea de faliment, vânzarea bunurilor falitului s-a făcut prin intermediul unei agenții comerciale. Cum documentele istorice din această perioadă sunt puține, cercetarea lor fiind lăsată istoricilor, iar interpretarea acestora nu a putut fi coroborată cu alte dovezi, nu se știe cu exactitate dacă este doar o interpretare a celor care au reușit să descifreze scrierea cuneiformă sau dacă termenul de „*faliment*” era uzual. Cu toate acestea, modalitatea de dobândire a bunurilor unui falit, prin intermediul unei companii *business house*, denotă o organizare a vieții economice și noțiuni de comerț.

Preluarea legilor în această perioadă a fost făcută din Codul lui Hammurabi (sau Hammurapi sau Codex Hammurapi), considerată cea mai veche culegere de legi, realizată în timpul regelui babilonian cu același nume^[5]. Codul, scris probabil în jurul anului 1760 î.Hr., cuprindea un Prolog, 282 de articole de lege și un Epilog. Codul lui Hammurabi

[1] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 3.

[2] În mod exemplificativ: M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 7; I.N. Fințescu, *Drept comercial*, vol. III, *Falimentul*, Ed. Al. T. Doicescu, București, 1930, p. 4-5.

[3] Termenul faliment este folosit aici ca desemnând concepția generală și simplistă a imposibilității de a plăti datoriile, urmând ca distincțiile între termenii juridici să fie făcută în cuprinsul lucrării.

[4] J. Boardman, *The Assyrian and Babylonian Empires and other states of Near East, from eighth to the sixth centuries B.C.*, Ed. University Press, Cambridge, 2003, ed. a 5-a, vol. 3, p. 241.

[5] Ch. Horne, Ph.D. (1915). *The Code of Hammurabi: Introduction*. Yale University. <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/medieval/hammint.htm>. Retrieved September 14 2007.

nu a fost în epoca sa ceva ieșit din comun: cu trei sute de ani mai devreme, regele sumerian Ur-Nammu scosese o culegere similară, iar cu 150 de ani înaintea lui Hammurabi, regele Isinului, Lipit-Iștar, dispusese inscripționarea unei stele similare. Însă, cele două coduri de legi sumeriene s-au păstrat doar fragmentar. Spre deosebire de acestea, Codul lui Hammurabi a fost răspândit în exemplare numeroase.

În cuprinsul Codului se prevedea că cel care are o datorie și nu o poate plăti, se poate vinde pe sine, pe soția sa, pe fiul său și pe fiica sa să muncească, iar după trei ani ei vor fi eliberați sau dacă un om dator își plătește datoria cu un sclav, iar sclavul este suficient de bun, nu pot exista obiecții^[1]. Nimic nu poate dovedi mai bine importanța acestui Cod decât faptul că el și-a păstrat puterea legislativă și după cucerirea Babilonului de către perși. Influențând dezvoltarea dreptului fenicienilor și egiptenilor, a fost numit Dreptul Orientului^[2].

2.2. Dreptul roman

5. a. *Manusiniectio*. Procedura creată și perfecționată de jurisconșulții romani sub denumirea de *venditio bonorum* – vinderea bunurilor datornicului, a încercat să atenuze sancțiunile deosebit de severe adoptate prin Legea celor XII table ori contractele de constituire de *nexi* care permiteau o execuție asupra persoanelor^[3] (în contradicție cu spiritul promovat de Torah, care impunea evreilor o iertare periodică de datorii a comercianților, ceea ce le permitea deschiderea de noi afaceri^[4]).

Conform Legii celor XII table, execuția silită la care putea recurge creditorul împotriva debitorului său care refuza sau nu avea posibilitatea să-și îndeplinească obligația, avea, la începuturile dreptului roman, caracterul unei executări personale. Constrângerea statală era îndreptată contra persoanei debitorului, iar nu a patrimoniului acestuia, lucru care se explica prin aceea că romanii considerau că persoanei se datora promisiunea nerealizată și neexecutarea^[5]. Procedura de executare cuprindea elemente de justiție privată și ea consta în faptul creditorului de a pune mâna pe debitor (*manus iniectio*), luându-l în stăpânire, după pronunțarea cuvintelor sacramentale prescrise de Legea decemvirală. Debitorul era încarcerat într-o închisoare particulară a creditorului unde era ținut 60 de zile, perioadă în care trebuia expus în piața publică la trei târguri succesive (*trinis nundinis continuis*) unde creditorul declara public suma datorată de acesta până când cineva îi răscumpăra libertatea plătindu-l pe creditor (*vindex*).

Când nu intervenea nimeni pentru a plăti suma de răscumpărare, creditorul, pentru a se despăgubi, îl putea vinde ca sclav *dincolo de Tiberu* (*trans Tiberim*), îl putea ucide, iar în cazul în care erau mai mulți creditori, aceștia îl puteau tăia în bucăți, împărțindu-și resturile trupului. Din considerente de ordin practic, creditorul care nu-l putea vinde pe debitor la un preț avantajos care să-i permită acoperirea creanței deținute opta pentru a-l reține la muncile casnice pentru a-și achita suma datorată^[6]. Această modalitate de

^[1] <http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy#History>.

^[2] M. Hacman, Drept comercial comparat, Partea generală, Ed. Curierul Judiciar, București, 1930, vol. 1, p. 79.

^[3] V. Hanga, Drept privat roman, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1978, p. 121-125 și 361-362.

^[4] Deuteronomul 15:1-3 și I. Turcu, Procedura falimentului între tradiție și inovație, în R.D.C. nr. 2/1995, p. 26-52.

^[5] C.A. Stoeanovici, Drept comercial comparat, vol. 2, Falimentul, Ed. Tipografiei Curierul Judiciar Soc. Anonimă, București, 1925, p. 13.

^[6] C.St. Tomulescu, Manual de drept privat roman, Litografia Învățăământului, București, 1958, p. 142.

executare silită a fost explicată prin aceea că în concepția primitivă romană obligația era înțeleasă ca o legătură materială între creditor (*reus credendi*) și debitor (*reus debendi*), care îi conferea celui dintâi dreptul de a dispune de persoana celui de-al doilea, astfel cum un proprietar dispunea de lucrul său în virtutea dreptului de proprietate^[1].

6. *b. Venditio bonorum*. Asprimea regimului de executare, care afecta în mod nemijlocit persoana debitorului, a fost cu timpul temperată prin unele măsuri legislative. Astfel, prin Legea Iulia judiciară introdusă în procedura formulară în anul 17 î.Ch. de împăratul Augustus, creditorul care, folosind violența, își făcea singur dreptate, era sancționat, iar un decret al împăratului Marcus Aurelius stabilea că cel care lua în stăpânire bunurile debitorului său, fără încuviințarea judecătorului, pierdea creanța^[2].

Executarea silită asupra persoanei datornicului a fost înlăturată prin Legea Poetelia Papiria, care interzicea creditorilor să mai procedeze la vânzarea ca sclavi sau la uciderea debitorilor, statuând că executarea silită trebuie îndreptată, prin excelență, împotriva patrimoniului datornicului și nu a persoanei sale, în acest mod creându-se premisa legală pentru punerea în aplicare și generalizarea procedurii execuționale cunoscută sub denumirea *venditio bonorum*.

Concepută inițial ca un instrument de drept public, această procedură a fost utilizată de autoritățile statale ale Romei antice pentru recuperarea creanțelor statului. Desfășurarea sa comporta sechestrarea bunurilor debitorului de către funcționarii abilitați, operațiune urmată de publicarea condițiilor de vânzare și, finalmente, de vânzarea bunurilor prin licitație publică. Cumpărătorul, denumit și „sector”, dobânda proprietatea asupra acestora, nu însă și posesia lor pe care o putea obține efectiv numai printr-un interdict ce purta numele de *interdictum sectorium*^[3].

Ulterior, procedura *venditio bonorum* a fost extinsă și la raporturile juridice obligaționale din sfera dreptului privat, marcând realizarea unui important progres față de vechile reglementări în domeniu, concretizat în ameliorarea tratamentului rău-platnicilor. Această procedură consta în sechestrarea bunurilor debitorului, realizată ca efect al trimiterii în posesie a unui *curator bonorum*, ea finalizându-se cu vânzarea în masă a bunurilor sechestrate^[4].

Venditio bonorum avea două faze care se regăsesc mult mai târziu într-o formă asemănătoare și în reglementarea juridică a falimentului. Prima fază începea prin *missio in bona* care însemna instalarea creditorilor în patrimoniul debitorului pentru a exercita supravegherea acestuia și nu în mod necesar pentru a-l deposeda^[5]. Scopul punerii în posesie (*missio in possessionem*) consta în împiedicarea debitorului să-și mărească insolvabilitatea în detrimentul creditorilor^[6]. Pe parcursul acestei etape interesele credi-

[1] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 8.

[2] *Ibidem*.

[3] V. Hanga, op. cit., p. 149-151; interdictele (*interdicta*) reprezentau dispozițiile pe care le lua pretorul în baza autorității (*imperium*) cu care era învestit în vederea soluționării conflictelor dintre particulari.

[4] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 9.

[5] I.C. Cătuneanu, Curs elementar de drept roman, ed. a 3-a, Ed. Cartea Românească, 1927, p. 641, citat de M.N. Costin, op. cit.

[6] În anul 1902 s-au adăugat, după legislația Cantonului Zug, Elveția și în Codul comercial de la 1887, prevederea cuprinsă în art. 697-700 C. com. conținând măsuri pentru preîntâmpinarea procedurilor frauduloase la care ar putea recurge comerciantul debitor care, știindu-se în încetare de plăți sau fiind strâmtorat financiar, își înstrăina activul în detrimentul creditorilor săi; într-o asemenea situație, înainte de a-l declara pe debitor în stare de faliment, instanța putea numi unul sau mai mulți creditori să verifice registrele și să supravegheze regularitatea operațiunilor comerciantului.

torilor erau apărate și promovate printr-un *curator bonorum* care era ales dintre ei sau putea fi o persoană străină. În termen de 30 de zile de la *missio in bona* sau de 15 zile, după cum era de lichidat patrimoniul unui falit (*decoctor*) ori o succesiune, creditorul instalat în posesie sau curatorul numit avea obligația să facă publicații despre vânzarea bunurilor spre a aduce la cunoștința publicului larg faptul vânzării averii falitului prin licitație publică.

Pretorul, în calitate de magistrat investit cu *imperium*, adică cu puterea de a comanda și, deci, de a interveni în toate cauzele care îi păreau demne de protecție, indica printr-un edict toate fazele procedurii de lichidare^[1]. Dacă în decurs de 30 de zile de la efectuarea publicității debitorul falit nu-i plătea pe creditori sau nu aducea un garant, procedura trecea în a doua fază, care debuta prin numirea unui *magister bonorum* ales numai dintre creditori și care avea sarcina de a trece la lichidarea averii datornicului^[2]. Acesta afișa condițiile vânzării și după expirarea unui interval de 20 sau 30 de zile proceda la vânzarea în bloc (*in globo*), prin licitație publică, a bunurilor debitorului, aceluia care oferea cel mai mare preț. Persoana care cumpăra această avere, denumită *emptor bonorum*, dobânda situația juridică de succesor cu titlu universal al falitului, devenind astfel proprietar al întregii averi și, pe cale de consecință, creditor al creanțelor și debitor în măsura cotei oferite și acceptate ca preț al cumpărării, satisfacerea creditorilor din suma obținută prin vânzarea bunurilor la licitație publică având loc în ordinea stabilită prin natura drepturilor, adică creditorii titulari ai unui gaj sau ipotecă erau satisfăcuți, după rang, înaintea creditorilor chirografari^[3].

Declanșarea acestei proceduri atrăgea asupra falitului și unele repercusiuni pe plan social, mai precis o degradare socială cunoscută sub numele de *infamia*^[4], care nu putea fi înlăturată decât prin cedarea întregii averi în vederea satisfacerii creditorilor, operațiune cunoscută sub denumirea de *cessio bonorum*. Această posibilitate conferită debitorilor (cesiunea bunurilor) a fost introdusă prin Legea Iulia, soluția fiind una extrem de avantajoasă pentru faliți, pe de o parte, datorită faptului că în acest fel ei puteau evita rigorile execuției personale, iar, pe de altă parte, deoarece debitorii nu puteau fi condam-

[1] În procedura modernă a falimentului asemenea prerogative și îndatoriri se regăsesc în sarcina instanței judecătorești.

[2] Similar, în cadrul procedurii moderne, cea de-a doua fază constă în administrarea falimentului realizată sub îndrumarea și supravegherea judecătorului-sindic, omolog al lui *magister bonorum*.

[3] V. Hanga, op. cit., p. 448-453; aceste reguli de distribuție s-au păstrat și în dreptul modern al falimentului.

[4] În dreptul roman, capacitatea juridică a cetățeanului putea suferi o scădere, o degradare din punct de vedere al efectelor, asemănătoare morții (o adevărată moarte civilă); în concepția jurisconsulților romani capacitatea juridică a cetățeanului cuprindea trei elemente: libertatea (*status libertatis*), cetățenia (*status civitatis*) și drepturile de familie (*status familiae*); libertatea, dreptul de cetățenie și drepturile familiale formau un ansamblu unic și necesar existenței capacității sau personalității juridice a cetățeanului roman, pierderea oricăruia dintre acestea ducând la o *capitis deminutio*, adică la stingerea personalității civile comparabilă cu *morti coaequatur*; în fapt, era vorba de dispariția unei personalități de pe tărâmul dreptului civil, deși, fiziceste, persoana în cauză continua să existe (vechii juriști spuneau că persoana care suferise o *capitis deminutio* își continua existența pe tărâmul dreptului natural); cauzele care atrăgeau *capitis deminutio* puteau fi grave sau mai puțin grave; astfel, cel care își pierdea libertatea suferea o *capitis deminutio maxima*, cel care-și pierdea cetățenia o *capitis deminutio media*, în timp ce persoana care-și pierdea drepturile de familie suferea o *capitis deminutio minima*; pe lângă cauzele care aduceau sclavia (de exemplu, căderea în prizonierat), în epoca republicană și neplata datoriiilor puteau constitui o cauză de pierdere a lui *status libertatis*; ulterior, prin înlăturarea tratamentului sever permis de Legea decemvirală (dreptul creditorilor de a-l transforma pe debitor în sclav), situația juridică a faliților s-a ameliorat, în sensul că aceștia erau afectați doar pe plan social de o diminuare a considerației publice de care s-au bucurat până la acel moment; infamia sau nedemnitatea cetățenească constituia, așadar, o cauză de limitare și nu de distrugere a capacității juridice a persoanei, conform lui V. Hanga, op. cit., p. 216-218.

nați în viitor pentru datorii anterioare decât numai pentru ceea ce depășea limita strictului necesar pentru propria existență^[1].

7. c. Perioada imperiului. În epoca imperială formele executării silite asupra patrimoniului debitorilor au fost perfecționate, deoarece se constatare că, practic, terțul cumpărător folosea în mod speculativ posibilitatea ce-i era recunoscută în cadrul procedurii *venditio bonorum* de a cumpăra în bloc bunurile debitorului, iar creditorii nu primeau „dividend” suficient^[2]. De aceea, pentru evitarea acestei situații s-a admis ca vânzarea bunurilor din patrimoniul datornicului să se facă „en detail” în cadrul unei proceduri denumite *distractio bonorum*.

Noua procedură de executare silită se realiza prin intervenția autorităților statului (*manu militari*) în cazurile în care debitorul sau cel care pierduse un proces nu executau de bunăvoie prestația la care erau obligați și ea consta în vânzarea parțială, en detail, a bunurilor debitorului până la limita creanței la care acesta era obligat față de creditor^[3]. Ceea ce prisosea rămânea în patrimoniul datornicului în deplina sa proprietate, conferind astfel debitorilor avantajul că nu li se înlătura posibilitatea de a se redresa în viitor. Și noua procedură permitea vânzarea tuturor bunurilor debitorilor, dar cu bucata și exclusiv pentru satisfacerea creditorilor, în limita creanțelor acestora din urmă. Dacă nici după vânzarea întregului patrimoniu creditorii n-au fost satisfăcuți în totalitate, debitorul era încarcerat într-o închisoare de stat (acestea înlocuindu-le în anul 388 d.Ch. pe cele private)^[4]. Această modalitate de executare silită s-a transmis și chiar s-a amplificat în epoca medievală ca urmare a necesității de adaptare a instituțiilor dreptului roman la condițiile economico-sociale din acea perioadă.

S-a susținut că romanii au cunoscut și instituția concordatului, dar nu impus de majoritatea creditorilor care puteau admite debitorilor termene de plată de până la 5 ani^[5].

În privința începutului teoriei readucerii în patrimoniul debitorului a unor bunuri ce au fost înstrăinate tocmai pentru a nu se putea obține îndeostularea creanțelor de către creditor, dreptul pretorian stabilea ca delict *alienatio in fraudem creditorum* (înstrăinarea în fraudă a creditorilor). Acest delict consta în înstrăinarea de către un debitor a unor bunuri din propriul său patrimoniu în vederea despăgubirii anumitor creditor.

Pentru existența acestui delict se cerea: actul de micșorare a patrimoniului să ducă la sărăcirea^[6] debitorului; acest act putea fi pozitiv, vânzare sau donație, ori chiar o simplă abstențiune, adică debitorul care a neglijat să intenteze acțiune în timp util; actul debitorului, provocând insolvabilitatea acestuia, să producă un prejudiciu real creditorilor (*eventus damnum*); debitorul să fi fost conștient că prin actul său prejudiciază pe creditor (*consilium fraudis*), acest element este întotdeauna prezumat^[7]; și terțul dobânditor să fie complice al fraudei (*consciis fraudis*), adică să fi fost conștient de faptul că debitorul își mărește insolvabilitatea în dauna creditorilor.

Jurisprudența romană, pornind de la anumite considerente de echitate, a cerut această condiție numai celor care au dobândit cu titlu oneros de la debitor, dar nu și

[1] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 10-11.

[2] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 15.

[3] C.St. Tomulescu, op. cit., p. 141.

[4] V. Hanga, op. cit., p. 156.

[5] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 16 care, la rândul său, preia opinia lui Vivante din *Appendice: la faillite civile*, vol. 1, p. 490.

[6] D. Ulpian, 42, 8, 6, pr., în V. Hanga, op. cit., p. 319.

[7] D. Ulpian, 42, 8, 10, 1; Iulian, *ibidem*.

celor care au dobândit cu titlu gratuit, deoarece aceștia din urmă, indiferent dacă au fost sau nu complici ai fraudei, nu pot fi preferați creditorilor, întrucât cei ce au dobândit cu titlu gratuit luptă să păstreze un avantaj primit cu titlu gratuit (*certando de lucro capando*), pe când creditorii se străduiesc să evite o pagubă (*certando de damno vitando*).

Creditorii fraudăți aveau la îndemână, în vederea restabilirii drepturilor lor, un *interdict*^[1] și o *restitutio in integrum*^[2], dar întrucât aceste remedii s-au dovedit a fi insuficiente, deoarece nu îngăduiau să se atace decât actele de înstrăinare, iar defraudarea creditorilor se putea face și prin alte mijloace (printr-o iertare de datorie), dreptul pretorian a creat o acțiune *in factum*, numită după numele pretorului care a dat-o, *Actio Pauliana*^[3] menită să repare prejudiciul suferit de creditorii.

Se discută măsura în care această acțiune a constituit pentru clasici un mijloc juridic autonom, precum și raporturile dintre diversele remedii juridice oferite creditorilor^[4]. Având un caracter penal, acțiunea este, în același timp, personală, deși problema a fost viu discutată din epoca Glosei și până în zilele noastre.

2.3. Epoca medievală

8. Desființarea Imperiului Roman de Apus (care a avut ca efect apariția a numeroase state și orașe independente), cu invaziile popoarelor barbare și cu decăderea vechilor localități urbane, a dus la dispariția negustorilor profesioniști. Ceea ce nu înseamnă, însă, că ar fi dispărut și activitatea comercială. Existența unor centre comerciale, menționate în documente încă din secolele VII și VIII, confirmă practicarea unui „comerț fără negustori”, adică a unui trafic efectuat pe o rază locală sau regională^[5]. Cu timpul, activitatea comercială s-a dezvoltat și, concomitent cu ea, au prosperat și unele familii de nobili îmbogățite prin practicarea comerțului, care au constituit o puternică și numeroasă categorie oligarhică.

În estul Imperiului Roman se menține, la finele secolului IX, marea parte a Codului lui Iustinian care suferă influențe grecești, devenind *Bazilicalele și commercium*, și începe să aibă același înțeles cu cel actual^[6].

Influența fostului mare Imperiu Roman și-a făcut simțită prezența, ea manifestându-se, între altele, prin păstrarea limbii latine, prin transmiterea unor elemente din cultura romană și prin conservarea tradițiilor populației romanice. Pe planul dreptului, această influență s-a materializat în codificarea și adaptarea la noile condiții social-economice a legilor și cutumelor populației romanice, începând cu secolele XI-XII dreptul roman revenind în actualitate ca o reglementare corespunzătoare și necesară normării noilor relații în plină formare, care au culminat cu apariția proprietății de tip burghez. Urmarea, falimentul, cu toate că a păstrat tradiția romană, și-a redobândit caracterul represiv, falșii fiind tratați cu multă severitate, fiind întemnițați, expuși la stâlpul infamiei sau chiar executați. Evoluția instituției falimentului trebuie analizată comparativ cu dezvoltarea

[1] C.A. Stoeanovici, citând din S.St.Z. Gradenwitz, VIII, 1887, p. 225 și urm.

[2] Promisă în edict în primul secol al Imperiului, Valerius Probus, nr. 13, la Girard, Textes, p. 216.

[3] Această denumire există numai în textul lui D. Paul, 22, 1, 38, 4. După unii autori ar fi o denumire bizantină. Cf. Collinet, N.R.H., 1919, p. 187 și urm.

[4] V. Solazzi, St., Et. Doc., XXII, 1901, p. 315 și urm.; XXIII, 1902, p. 161 și urm., B.I.D.R., XV, 1903, p. 127 și urm., V. Hanga, op. cit., p. 216. Referirea duce și la Revoca degli a fr., Napoli, 1934.

[5] O. Drimba, Istoria culturii și civilizației, vol. 2, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1987, p. 478.

[6] A. Dieterich, Kulturgebiet der Turken, p. 18, citat în C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 88.

comerțului și a statutului celor care, îndeplinind acte de comerț, aveau tot interesul să asigure certitudinea și securitatea juridică a tranzacțiilor încheiate.

Dezvoltarea târgurilor, ca formă organizată a schimbului, a constituit un factor economic de importanță majoră în configurarea unui nou tip de relații comerciale. În târguri, regulile care guvernau activitățile specifice au format un drept special numit *jus mercatum*, care avea menirea să protejeze interesele comercianților, eventualele litigii născute în asemenea locații fiind supuse de îndată unei judecăți – *summario et de plano* – în fața unui consul *mercatorum* în cadrul unei proceduri speciale, deciziile pronunțate fiind prompte^[1]. Împrumuturile cu dobândă, atât de utile și necesare comerțului (*les affaires sont l'argent des autres*), prohibite începând cu secolul IX de biserică și asupra lumii laice (dreptul canonic interzicându-le dintotdeauna clericilor astfel de împrumuturi), aici erau permise, obligațiile erau solidare și trebuiau executate în termen scurt (cel mult într-un an de zile), actele scrise constatatoare de obligațiuni născute în astfel de locuri, investite cu sigiliul târgului, aveau caracter executoriu în orice țară europeană, creditorii bucurându-se de un privilegiu pentru creanțele născute în târg *in corpore nundinarum*.

În urma consolidării politice și economice a orașelor-cetăți din Italia – Florența, Veneția, Genova, Milano etc. – și a diversificării activităților economice, având în vedere că târgurile erau periodice și temporare, comercianții italieni au creat un sistem nou de organizare cu caracter permanent care să le asigure o protecție corespunzătoare a intereselor, formând corporații negustorești^[2]. Corporația era alcătuită din negustori înscrși în matricole speciale (sursa îndepărtată a actualului registru al comerțului) din aceeași ramură de comerț, fiind condusă de un comitet compus dintr-un consul asistat de un consiliu, care avea dreptul să pronunțe decizii în litigiile apărute între comercianții înscrși în registre – la adăpost de orice cale de atac, iar mai târziu, și în cele născute între un comerciant și un necomerciant cu condiția ca litigiul să aibă cauză comercială (*causa mercature*). Deciziile pronunțate de comitetele corporațiilor negustorești, trăgându-se din consuetudine și fiind dominate de bună-credință și corecta executare a obligațiilor, au alcătuit mai târziu culegerile de statute, între care s-au remarcat cele din Florența (1312, 1324, 1399), Roma (1317), Verona (1318) și Milano (1396)^[3].

O mare parte dintre litigiile judecate de instanțele negustorești se refereau la contracte, neexecutarea sau incorecta lor executare, dar nu puține au fost și cele referitoare la încetarea plăților, la faliment, care a reprezentat spectrul, marele risc al vieții afacerilor. Principiul consacrat mai târziu de Codul civil Napoleon – al răspunderii *in infinitum* – antrena ruina, de multe ori nedreaptă, a comerciantului lovit, în ciuda unui comportament onest, de decăderi, umilințe și dezonoare datorată variațiunilor economice. Se poate spune că tribunalele comerciale au redescoperit regulile dreptului roman și au formulat treptat cele mai importante elemente ale procedurii falimentare, trecându-le apoi în primele statute scrise care s-au răspândit în toată Europa, mai puțin în Anglia^[4].

Instituția falimentului a evoluat în Evul Mediu pe două coordonate distincte, care s-au transmis și legislațiilor moderne^[5]. Pe de o parte, legile de sorginte anglo-saxonă au

^[1] Apariția unui drept special a fost însoțită de apariția unei proceduri distincte care sancționa acel drept susținea I.L. Georgescu, Comerciantul, în R.D.C. nr. 5/1995, p. 5-16.

^[2] M. Hacman, op. cit., p. 98.

^[3] I.L. Georgescu, art. cit, p. 10.

^[4] R. Bufan, Drept falimentar (...), p. 2.

^[5] I. Schiau, op. cit., p. 11.

prelucrat și dezvoltat conceptul mozaic potrivit căruia remediile acordate creditorului se combină cu protecția debitorului pe linia supraviețuirii întreprinderii și descărcării sale de datorii astfel încât acesta să aibă posibilitatea de a porni o nouă afacere. Scopul procedurii falimentului în concepția anglo-saxonă este acela de a reabilita debitorul, permițându-i un nou început, și de a reglementa și ordona distribuirea averii între creditorii săi^[1]. Pe de altă parte, legile de sorginte latină au acordat atenție prioritară protecției creditului prin recuperarea creanțelor și sancționarea debitorului falit, a cărui stare de incapacitate de plată va produce și o serie de efecte cu caracter nepatrimonial (interdicții și decăderi) de natură a-l exclude din circuitul comercial.

9. O caracteristică a procedurilor judiciare din Evul Mediu, inclusiv a celei aplicate falitilor, o reprezenta caracterul represiv, în special al sistemului pedepselor care se evidențiază printr-o cruzime deosebită^[2]. Natura represivă a falimentului s-a manifestat prin aplicarea de către puterea statală regală a unor pedepse severe față de debitorii insolabili. Procedura prevedea măsuri degradante, precum: *piloriul* (stâlpul infamiei), *carcanul* (un guler metalic pe care era fixat un lanț cu ajutorul căruia datornicul era legat și expus în locurile cele mai circulante) etc., creditorii fiind tratați în mod egal^[3]. Comercianții care împrumutau bani și nu-i mai restituiau la scadență erau considerați infractori, fără a se face distincție între cauzele care determinau neîndeplinirea obligației asumate.

Franța nu a cunoscut în epoca feudală o lichidare comună care să cuprindă totalitatea bunurilor. Dar menținerea necesității luării unui gaj de la debitorii a dus la instaurarea privilegiului creditorului care a pornit urmărirea debitorului, în situația în care nu mai existau alte bunuri, decât cel gajat. De asemenea, urmărirea averii imobiliare nu se putea face decât după lichidarea celei mobiliare, însă acest fapt nu era generalizat.

În Germania, însă, exista încetățenit principiul dreptului de preferință al creditorului care, prin mijlocirea autorității judecătorești, obținuse primul sechestrarea averii debitorului, apărând deja o reală procedură a falimentului.

Din secolul al XIII-lea se observă o tendință de egalizare a drepturilor creditorilor^[4] cutuma franceză fiind influențată de dreptul roman. Se admitea ca, în situația în care nu se găsea în patrimoniul debitorului un alt bun decât cel urmărit, creditorilor li se realiza o împărțeaală proporțională cu cota de contribuție la activul realizat^[5].

Cu toate aceste progrese s-a ajuns, încă din această perioadă, la recunoașterea principiului legării falimentului de starea de încetare a plăților,^[6] desesizarea falitului de avere sa, decăderea din beneficiul termenelor, declararea și verificarea creanțelor, concordatul de majoritate, ajutorarea debitorului și a familiei sale pe durata procedurii și instituția nulității actelor încheiate în perioada suspectă^[7]. Deși, inițial nu a existat o deosebire de tratament juridic între debitorii insolabili (faliți) și bancrutieri, cu timpul maniera de a-i considera s-a diferențiat ca urmare a observării conduitei distincte a debitorilor care, din cauza nepriceperii în administrarea averii, au ajuns în situația de a nu-și putea plăti datoriile, pe de o parte, și cea a debitorilor necinstiți, pe de altă parte^[8].

^[1] Collins, Cihon, Donnelly, Hartzler, Karp, Naffziger, Wolfe, Business Law, Text&Cases, John Wiley & Sons Inc., 1986, partea a V-a, cap. 30, Bankruptcy, p. 611.

^[2] O. Drimba, op. cit., p. 572-590.

^[3] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 22 preia opinia lui Heifront et Pick, Lehrbuch des Kenkoursrechte, p. 10 și urm.

^[4] Idem, p. 23.

^[5] Grand Coutumiers Charles VI, citat în C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 23.

^[6] C. Rotaru, Legea falimentului – doctrină, jurisprudență și legislație, Ed. Cognitum, 2001, p. 6.

^[7] Gh. Gheorghiu, Procedura reorganizării judiciare și a falimentului, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 18.

^[8] I. Schiau, op. cit., p. 11.

Având în vedere creșterea alarmantă a situațiilor de bancrută, puterea statală a decis să înăsprească regimul sancționator față de bancrutieri (debitorul era expus în cămașă, cu o coardă legată în jurul gâtului, o torță arzând în mână și o planșetă pe piept și pe spate pe care era înscris delictul comis).

10. În Franța, de exemplu, care a perfecționat instituția falimentului, Ordonanțele regelui Francisc I din 1536 și cele ale lui Carol al IX-lea din 1560 statuau că bancrutierii vor fi judecați „extrem și capital”^[1].

În 1655 în Lyon apare primul regulament propus de negustorii orașului, apreciată ca prima lucrare în domeniu, care consacră atât principiul egalității creditorilor, cât și anularea oricărei cesiuni asupra bunurilor falitului, dacă sunt făcute în termenul de 10 zile anterior cunoașterii publice a stării de faliment^[2]. Acest art. 13 instituie, pentru prima dată, conceptul *perioadei suspecte*.

Alți autori consideră că *prima reglementare legislativă a falimentului* a fost făcută tot în Franța, sub domnia lui Ludovic al XIV-lea, prin Ordonanța asupra comerțului terestru din anul 1673 (*Ordonanța lui Colbert*), care în Titlul al XI-lea – *Des faillites et banqueroutes* – conținea puține prevederi (numai 13 articole) referitoare la falii și bancrutieri care, mai târziu, au fost preluate de redactorii Codului comercial francez din 1807^[3].

Caracteristica procedurilor aplicate în epoca romană și preluată în perioada Evului Mediu, este generalitatea, aplicată tuturor debitorilor, fie ei comercianți sau nu, astfel că, pe lângă meritul de a reglementa instituția moratorului^[4] și cea a cesiunii bunurilor^[5], Ordonanța lui Colbert are semnificația de a sublinia pentru prima oară caracterul profesional al procedurii de executare colectivă. Prin Declarațiunea Regală din 1716, în Franța s-a introdus procedura declarării creanțelor care, alături de scrisorile regale prin care debitorul putea obține suspendarea oricărei urmăritări pornite împotriva sa, constituie un real progres al instituției.

Ordonanța franceză din 1673 a consacrat caractere deja conturate ale procedurii falimentului^[6], și anume:

- deschiderea procedurii, urmare a încetării plăților;
- falitul era obligat să depună registrele comerciale și să prezinte situația sa patrimonială;
- administrarea falimentului era dată unui sindic^[7];
- dreptul majorității creditorilor de a aproba încheierea unor aranjamente cu debitorul^[8];

[1] G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1990, p. 747.

[2] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 25.

[3] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 15; în același sens, C. Rotaru, op. cit., p. 6 și Gh. Gheorghiu, *Procedura (...)*, p. 19.

[4] Instituția purta denumirea de *les lettres de répit* (scrisori de păsuire) și conferea regilor posibilitatea de a acorda păsuiri de plată datornicilor supuși.

[5] Bancrutierii puteau scăpa de rigorile juridice ale penalităților la care erau supuși doar prin realizarea cesiunii întregului lor activ patrimonial în favoarea creditorilor care, ulterior, îl puteau vinde și împărți prețul obținut; cesiunea bunurilor putea fi voluntară sau judiciară, aceasta din urmă fiind foarte apropiată de viitorul concordat.

[6] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 15; C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 25.

[7] Similar, în Germania și Spania acelor vremuri, spre deosebire de Italia unde procedura era încredințată unui creditor. S-a apreciat că lichidarea activului de către sindic era o măsură puțin practică; C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 26.

[8] Moratoriul impunea acordul creditorilor ce dețineau 1% din creanțe. Puteau acorda o amânare, procedura era suspendată, în acest interval de timp.

- bancrutele erau sancționate extrem de sever, fiind păstrată pedeapsa cu moartea;
- aplicarea procedurii tuturor creditorilor, atât comerciali cât și civili;

În aceeași reglementare, apăreau deja unele aspecte privind stabilirea cazurilor de anulare a actelor anterioare deschiderii procedurii, însă aplicația practică a acestora era destul de rară.

Legislația falimentului, de la originile sale, s-a preocupat mai mult de stabilirea unor pedepse în contra debitorului de rea-credință decât de stabilirea unor măsuri în scopul diminuării pierderilor. Cum falimentul era considerat, în perioada statutelor corporațiilor negustorești, ca fiind fraudulos, în statele italiene se prevedea o perioadă de timp între 6 luni și 15 zile, anterioare falimentului, în care actele debitorului erau lovite de o nulitate absolută^[1]. Concepția nulității absolute și a perioadei fixe a fost criticată în doctrină.

Aceste concepții au fost preluate și de francezi atât în Regulamentul cetății Lyon din 1667, cât și în Declarația din 1702, însă, în această perioadă doctrina franceză considera că trebuie făcută dovada fraudei^[2].

Se apreciază că Ordonanța din 1673 considera nule anumite operațiuni făcute în frauda debitorilor, dar din prisma acțiunii pauliene, fără a prevedea distincții specifice falimentului^[3].

2.4. Epoca modernă

11. Revoluția franceză, urmată de libertatea individuală și de egalitatea în fața legii, a provocat și o îmbogățire scandalosă a unora dintre creditorii care dobândiseră averi prin înșelătorie și nici nu încercau să ascundă proveniența acestora. Falimentele ce au urmat acestei perioade au dus la întocmirea unui proiect de lege a falimentului în 1803. Preluat de Napoleon și îmbunătățit, a fost definitivat în 1807. Și în doctrina franceză se apreciază că legiferarea în această manieră a fost determinată de scandalul produs de câteva bancrute frauduloase ale epocii^[4].

Datorită abuzurilor care se comiteau ca urmare a acordării păsuirilor de plată, s-a impus necesitatea instituirii unui regim mai sever aplicabil debitorilor faliti, astfel că, tot în Franța, a fost adoptat Codul de comerț de la 1807. Încă de la apariția sa, Codul a reprezentat o lucrare de referință caracterizată printr-o normare riguroasă, completă și sistematică, dar mai ales severă a Cărții a III-a consacrate falimentului și bancrutei, un moment de cotitură în materia dreptului insolvenței.

Codul comercial al lui Napoleon se caracteriza prin tratamentul accentuat represiv aplicat falitului, începând cu sancțiunea nulității actelor sale, continuând cu privarea de libertate (pentru bancruta simplă pedeapsa era închisoarea între o lună și 2 ani) și „moartea civilă”, și culminând cu pedeapsa de 20 de ani muncă silnică pentru bancrută frauduloasă. Procedura falimentului era unicul remediu legal al insolvenței și, totodată, o cale fără întoarcere^[5]. Sistemul acestui Cod cumula falimentul civil, constând în organizarea lichidării bunurilor debitorului și repartitia egalitară între creditorii, cu falimentul

[1] E. Antonescu, Falimentul cu adnotări, jurisprudență, lucrări pregătitoare și dezbateri parlamentare, Partea I, Tip. Române Unite, 1927, p. 477.

[2] Idem, p. 478.

[3] Același autor face aprecierile menționate, citând autorii italieni ai vremii. Din expunerea de mai sus, rezultă o neconcordanță între această teorie și cea prezentată de C.A. Stoeanovici, din punctul de vedere al anilor.

[4] G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial (...)*, p. 747.

[5] I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 35.

penal sub imperiul căruia falitul era pasibil de pedeapsa cu închisoarea, astfel cum am arătat mai sus. Totuși, caracterul profesional al procedurii de executare a fost menținut, reglementarea franceză fiind preluată în anul 1840 în Principatul Munteniei, iar ulterior extinsă în Moldova (1864).

Jurisdicția falimentului a fost atribuită tribunalelor comerciale competente să facă aplicarea unui ansamblu de reguli referitoare la:

- obligarea falitului de a depune bilanțul său în termen de 3 zile de la data încetării plăților (o asemenea obligație este cuprinsă în art. 35 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, respectiv art. 74 din Codul insolvenței, doar termenul este diferit – 10 zile);

- desemnarea sindicului de către și dintre creditori;

- considerarea ca nule a tuturor actelor comerciale încheiate ulterior datei încetării plăților și prezumarea ca frauduloase a acelor încheiate în cele 10 zile precedente acestui moment (principiul este prevăzut și de art. 46, 79 și 80 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 84, art. 117-122 din Codul insolvenței);

- arestarea obligatorie a falitului, care avea loc prin însăși sentința declarativă de faliment;

- condițiile în care falitul putea solicita și obține concordatul^[1];

- drepturile soției falitului care erau strict determinate;

- bancruta frauduloasă ce putea rezulta, printre altele, și din cheltuielile nejustificate efectuate de un comerciant, precum și reabilitarea falitului, destul de dificil de obținut;

Cu toate eforturile depuse de însuși Napoleon, legea nu a avut efectul scontat. Asprimerea sancțiunilor, corelată cu formalismul excesiv al procedurii (ceea ce a atras descurajarea comerțului), a condus la rezultate nesatisfăcătoare, debitorii evitând creditul de teama de a fi închiși^[2], comercianții având tendința de a se sustrage falimentului (aceștia apelau la instituția concordatului preventiv), uzând uneori chiar de mijloace extreme, o asemenea conduită afectând în mod inevitabil și posibilitatea creditorilor de a obține plata creanțelor lor; astfel s-a impus modificarea Cărții a III-a în sensul atenuării regimului juridic aplicabil debitorilor faliti, manifestându-se chiar o anume indulgență față de aceștia^[3].

După studii îndelungate la care participaseră cei mai mari jurisconșulți ai vremii, legea a fost modificată.

Prima reformă, realizată prin Legea din 28 mai 1838, a condus la o atenuare sensibilă a măsurilor dispuse prin normele Codului comercial francez reflectând, de fapt, o victorie în acest plan a burgheziei comerciante a cărei influență și rol crescuseră simțitor în planul vieții economico-sociale. Acest act normativ reglementa probleme de drept comercial, de procedură și conținea dispoziții referitoare la bancrută, cele mai importante fiind cele privitoare la simplificarea formalităților și numirea judecătorului-sindic de către tribunal și nu de către creditori.

Tot cu acest prilej s-au introdus în lege măsuri de accelerare a lichidării, printre care și închiderea procedurii pentru insuficiența activului^[4].

[1] Concordatul reprezenta convenția intervenită între debitor și masa credală, care, după ce a fost omologată de către instanța de judecată, conferea debitorului dreptul de a reentra în posesia activului său cu obligația de a plăti, integral sau parțial (în cota concordată, datoriile sale, la termenele și în condițiile convenite).

[2] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 28-29.

[3] G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1970, p. 310.

[4] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 29.

Modificările legislative operate în această perioadă au fost preluate și de codurile din Italia și din Belgia.

12. În 1848 și 1870, din pricina situației excepționale în care se găsea Franța, Tribunalele puteau să nu declare falimentul și să acorde, în unele cazuri, termene de până la trei luni, interval în care debitorii trebuiau să își plătească debitele.

Ca modificări importante aduse Codului^[1], le menționăm pe cele cuprinse în Legea din 17 iulie 1856 referitoare la concordatul prin abandon de activ, Legea din 12 februarie 1872 cu privire la privilegiile celor care închiriază și Legile din 30 decembrie 1903, din 31 martie 1906 și din 23 martie 1908 care prevedeau mari facilități pentru reabilitarea falșilor^[2].

Preluând noua tendință a procedurii, Codul din 1855 din Prusia a suprimat posibilitatea generică de amânare. Aceasta putea fi acordată doar în cazuri speciale, de către judecător prin hotărâre definitivă. Termenul era de până la un an și se putea acorda debitorului care a introdus o astfel de cerere într-o perioadă de 14 zile de la data obținerii titlului executoriu împotriva sa^[3].

În schimb, Codul Imperiului German din 1877 a considerat util să abroge termenele de amânare ce puteau fi acordate de către suveran sau justiție.

Abia la finele secolului XIX, Legea din 4 martie 1889^[4] a întregit această etapă de reformare a dreptului falimentului în Franța, creând o a doua procedură, rezervată ca o favoare și de care puteau beneficia doar debitorii cinstiți, de bună-credință și cei care din cauza nepricerii sau a neșansei au ajuns în stare de faliment (victime ale conjuncturii economice)^[5]. Se operează astfel o distincție între soarta debitorului și cea a întreprinderii, ceea ce atenuează caracterul infamant de până atunci al procedurii. Noua procedură^[6], denumită lichidare judiciară, permitea debitorului să conserve dreptul de administrare a patrimoniului său cu asistarea unui lichidator, pentru creditorii fiind important faptul că ea asigura într-o măsură mai satisfăcătoare realizarea creanțelor^[7].

Prin legea din 4 aprilie 1890 s-a modificat dispoziția anterioară privind suspendarea urmăririlor, aspect rămas neclarificat în vechea reglementare. S-a stabilit acum că suspendarea operează în privința urmăririlor individuale când procedura este de lichidare judiciară, dar și în faliment.

Cu timpul, de această alternativă s-a abuzat, astfel că a devenit necesară o nouă perioadă de severitate, care a debutat prin adoptarea Decretului-lege din 8 august 1935. Acesta prevedea că administratorii și conducătorii societăților comerciale care încheiau cu rea-credință anumite acte în dauna societății erau pasibili de a suporta pedeapsa

^[1] Puțin relevantă este modificarea adusă prin Legea din 1867 care a pus capăt constrângerii corporale, dar a dus la lipsirea de eficiență a procedurii. Debitorii nemăfiind constrânși de pedeapsă, nu mai depuneau nicio diligență, fiind dese cazurile în care se înstrăina activul, considera C.A. Stoeanovici, în lucrarea citată, p. 30, 31.

^[2] G. Ripert, R. Robot, *Traité élémentaire (...)*, p. 311.

^[3] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 32.

^[4] Această modificare a fost criticată datorită suprimării unor formalități utile, intrării în lichidare fără acordul creditorilor.

^[5] Legea asupra lichidațiunii judiciare din anul 1889 a avut la bază mai multe propuneri pentru restructurarea instituției falimentului, printre care și cea a profesorului român Toma Stelian, premiată de Uniunea Bancherilor din Departamentele Franței și prezentată în *Journal de faillites* din 1886, arată Gh. Gheorghiu, *Procedura (...)*, p. 20.

^[6] M.N. Costin arată că dispozițiile cuprinse în lege, se completau cu cele cuprinse în Codul comercial francez, care constituia dreptul comun în materie, op. cit., p. 18.

^[7] G. Ripert, R. Robot, *Traité élémentaire (...)*, p. 311.

pentru bancrută, până atunci ei fiind la adăpost de orice răspundere în detrimentul creditorilor care nu-și puteau recupera creanțele. Totodată, acesta stabilea ca sancțiune îndreptată împotriva acelor care au comis erori grave în cadrul administrării sau gestionării patrimoniului social decăderea din dreptul de administrare a oricărei societăți comerciale.

Al doilea Decret-lege, apărut tot în anul 1935^[1], a acordat puteri sporite tribunalului, în dauna masei credale, ca expresie a ideii că insolvența interesează întreaga societate și nu numai pe creditorii, ea prezentând interes general și nu doar unul particular, concepție care se regăsește tot mai accentuat în evoluțiile ulterioare ale instituției, ceea ce a și determinat pe unii autori să afirme că dreptul falimentar devine tot mai impregnat de elemente de drept public^[2].

Legea din 16 noiembrie 1940 privind societățile anonime (pe acțiuni), stabilea că directorul general sau președintele consiliului de administrație era expus, în cazurile prevăzute, decăderilor stabilite de regimul falimentar, iar sindicul era îndrituit să solicite tribunalului obligarea acestora la plata unei părți din datoriile sociale, Decretul-lege din 9 august 1953 extinzând măsura și la administratorii societăților cu răspundere limitată (Legea nr. 85/2006 reglementează această formă de răspundere în cuprinsul art. 138, iar Codul insolvenței în cadrul art. 169). Pe aceeași linie de gândire și acțiune – adoptarea unor măsuri pentru soluționarea falimentelor societăților comerciale, Legea din 30 august 1947 privitoare la asanarea profesiunilor comerciale interzicea faliților exercițiul activităților comerciale și accesul la funcțiile de director și administrator în orice formă de societate comercială^[3].

13. În evoluția legislativă a dreptului francez al falimentului, se instituie două proceduri distincte pentru debitori prin Decretul 55-603 din 20 mai 1955, *reglementul judiciar* și *falimentul*, după ce în același an, apăruse un alt decret care a operat, spre deosebire de actele normative anterioare, o distincție netă între comercianții de rea-credință și ceilalți debitori comercianți, care din cauza nepriceperii profesionale ori a neșansei, au ajuns în încetare de plăți^[4]. Pe cale de consecință, și lichidarea judiciară a fost reorganizată sub o nouă denumire, aceea de „*reglementare judiciară*”, care devenea modalitatea obișnuită de realizare a pasivului aplicabilă tuturor comercianților a căror conduită nu putea fi calificată ca fiind de rea-credință și, ca atare, nu mai apărea necesară eliminarea lor din viața economică. În schimb, al doilea decret reglementa statutul juridic al sindicilor și al administratorilor judiciari.

Deja și terminologia folosită de legiuitor releva faptul că scopul esențial al noii proceduri nu-l constituia în mod necesar lichidarea bunurilor, ci găsirea unor soluții pentru salvarea comerciantului. Prin aceste modificări legislative procedura de drept comun a devenit plata („*le règlement judiciaire*”), falimentul rămânând situația de excepție. Reglementarea judiciară a plății datoriilor putea fi cerută atât de creditorii, cât și de către debitorul care, deși se află în stare de încetare a plăților, mai are șanse de a-și continua activitatea. Prin aplicarea procedurii, debitorului nu i se ridica dreptul de administrare, ci el era doar asistat de un sindic, de cele mai multe ori dosarul finalizându-se prin încheierea unui concordat. Cu toate acestea, nu era exclusă nici trecerea la procedura

[1] Decretul-lege din 30 octombrie 1935.

[2] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 16.

[3] G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire (...)*, p. 312.

[4] Y. Chaput, *La faillite*, P.U.F., 1981, p. 9.

falimentului, opțiunea având drept criteriu culpa debitorului în ajungerea în insolvență. De aceea, în doctrina franceză s-a opinat că, de la intrarea în vigoare a acestui act normativ, opțiunea între cele două proceduri – reglementarea judiciară și faliment – se întemeiază exclusiv pe criteriul onestității debitorului^[1]. Criteriul opțiunii, focalizat pe conducătorul întreprinderii, era unul antieconomic, deoarece și un agent economic viabil și prosper poate avea un conducător necinstit, iar o întreprindere poate fi economic iremediabil compromisă, chiar dacă are o conducere de bună-credință, inocentă^[2] (direcționarea sancțiunii către conducător, iar nu către întreprindere a fost preluată și de Codul insolvenței, art. 67 alin. (1) lit. j), care se referă la noțiunea de „control”).

Modificările aduse de aceste două decrete priveau, printre altele, înlăturarea falimentului de fapt și consacrarea închiderii falimentului pentru lipsa de interes manifestată de masa credală.^[3]

În privința evoluției sistemului anulării actelor frauduloase, în această epocă, deși se menține în Franța, perioada celor zece zile anterioare falimentului, cu sancțiuni severe, are în vedere și buna-credință a terților (art. 441 din Codul francez de la 1807). Instituția evoluează în legislația din 1838 când se adoptă Legea din 28 mai pentru anularea actelor falitului. Se aprecia că anularea se poate cere numai când terțul dobânditor cunoștea starea de încetare a plăților^[4].

Codurile comerciale din 1865, atât cel italian, cât și cel din Sardinia au preluat expres dispozițiile cuprinse în această materie în Codul francez. Însă, concepția a evoluat, devenind obișnuită diferențierea făcută între actele debitorului săvârșite cu rea-credință și cele rezultate din ignoranță sau din împrejurări neprevăzute. Dispozițiile legiuitorului italian au drept scop apărarea intereselor creditorilor de consecințele injuste ale actelor ce pot fi făcute de falit.

Doctrina vremii a apreciat că trebuie respectate limitele unei necesități pentru a nu se expune nesiguranței validarea actelor încheiate cu bună credință^[5].

De-a lungul timpului, mai ales în legislațiile de origine anglo-saxonă, în mod frecvent insolvența comercială și falimentul au fost privite ca termeni echivalenți, ambele noțiuni definind o stare de incapacitate de plată. În schimb, în concepția promovată de legislațiile europene desprinse din dreptul roman, noțiunea de faliment are o accepțiune mai largă decât aceea de insolvență comercială^[6]. Nu de puține ori între cele două concepte s-au creat confuzii și s-au trasat nepermise semne de egalitate.

^[1] *Idem*, *Traité de droit commercial*, op. cit., p. 750.

^[2] *I. Turcu*, *Tratat de insolvență (...)*, p. 36.

^[3] Art. 131 din Legea nr. 85/2006 reglementează o situație similară de închidere a procedurii în cazul în care se constată că nu există bunuri în patrimoniul debitorului ori dacă acestea sunt insuficiente pentru acoperirea cheltuielilor administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare. Dispozițiile art. 174 din Codul insolvenței reiau aceste prevederi și le dezvoltă în mod corespunzător, asimilând refuzului de a avansa sume de bani cu ne reprezentarea creditorilor la o audiere de către judecătorul-sindic, deși au fost anterior citați prin BPI.

^[4] *E. Antonescu*, *Falimentul*, cu adnotări (...), p. 724.

^[5] *Idem*, p. 479.

^[6] *I. Schiau*, op. cit., p. 3.

2.5. Perioada contemporană

2.5.1. Legislația franceză

14. Majoritatea autorilor francezi consideră că dreptul modern al procedurilor de executare colectivă s-a născut odată cu apariția Legii nr. 65-563 din 13 iulie 1967 și a Ordonanței nr. 67-820 din 23 septembrie a aceluiași an^[1].

Condițiile care au determinat apariția acestor acte normative au fost strâns legate de rezultatele mai puțin satisfăcătoare și de consecințele negative pe plan economic și juridic evidențiate de aplicarea criteriului de disociere între procedurile statornicite ca urmare a reformelor legislative din anul 1955^[2]. Jurisprudența și doctrina franceză au semnalat că aplicarea procedurii falimentului – care antrena, de regulă, lichidarea – ori a *reglementării judiciare* în funcție de un criteriu personal-subiectiv, constând în gravitatea greșelilor comise de debitor, prin urmare independent de situația sa economică reală, nu putea conduce decât la soluții injuste^[3].

Pentru a înlătura aceste inechități, Legea nr. 65-563, deși a conservat cele două proceduri anterioare, a stabilit utilizarea unui criteriu exclusiv economic și a operat, totodată, distincția între conducătorul societar și întreprindere, lăsând tribunalului comercial prerogativa de a alege procedura aplicabilă fiecărui caz în parte în temeiul criteriului precizat^[4].

În consecință, reglementarea judiciară a fost destinată să asigure continuarea exploatării întreprinderilor care erau susceptibile de redresare economică, în timp ce procedura lichidării bunurilor era orientată în mod direct spre stingerea pasivului, fiind aplicată societăților condamnate din punct de vedere economic, adică acelea care se aflau *de facto* în imposibilitate de a depăși momentul de criză. Dacă agentul economic era viabil și prezenta un proiect de concordat serios, instanța aplica procedura reglementării judiciare a plăților, caz în care debitorul era asistat de sindic, a cărui aprobare era nevoie să o obțină pentru anumite acte pe care dorea să le perfecteze, iar concordatul realizat cu creditorii era supus omologării de către tribunal. În cazul întreprinderilor care nu mai aveau nicio șansă să se redreseze, prin intrarea în procedura de lichidare a bunurilor, debitorului i se ridica automat dreptul de a-și administra averea, acest drept revenind sindicului, care lichida patrimoniul în vederea achitării creditorilor. Comercianții persoane fizice și conducătorii societăților comerciale care erau culpabili de ajungerea în stare de insolvență puteau fi sancționați cu falimentul personal (care consta în interdicția de a gestiona întreprinderi comerciale și meșteșugărești, precum și alte sancțiuni de natură civilă) sau chiar cu sancțiuni penale (bancruta)^[5].

15. Ordonanța nr. 67-820 din 23 septembrie 1967 a mai introdus o procedură, denumită *suspendarea provizorie a urmăririlor*, destinată să favorizeze redresarea economică a acelor societăți comerciale a căror stare financiară, chiar dacă era dificilă, nu era iremediabil compromisă, menirea ei fiind aceea de a permite debitorului să elaboreze un plan de redresare, suspendându-se în acest sens urmărirea creditorilor și acordându-se

[1] Y. Guyon, *Droit des affaires*, vol. II, Ed. Économica, Paris, 1989, p. 18.

[2] M.N. Costin, A. Miff, *op. cit.*, p. 20.

[3] G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire (...)*, p. 751.

[4] *Idem*, p. 315.

[5] I. Turcu, *Tratat de insolvență (...)*, p. 37.

unele reduceri ale datoriilor și unele amânări de plată^[1] (este ceea ce Legea nr. 85/2006 și Codul insolvenței reglementează sub denumirea de reorganizare judiciară pe bază de plan).

Procedura suspendării provizorii a urmăririlor avea două faze și urmărea salvarea întreprinderilor *înainte* ca acestea să înceteze plățile, având un scop preventiv, ea putând fi aplicată doar dacă erau îndeplinite cumulativ anumite condiții: 1) întreprinderea se afla într-o situație financiară dificilă, dar nu definitiv compromisă; 2) agentul economic avea perspective rapide și totale de redresare; 3) era vorba de o companie importantă pentru economia națională sau regională, fie sub aspectul cifrei de afaceri, fie sub cel al obiectului de activitate și a cărei dispariție putea fi evitată în condiții compatibile cu interesele creditorilor^[2].

Prima fază, cu o durată de trei luni, presupunea încuviințarea unui *moratoriu* care avea ca efect imediat suspendarea exercitării tuturor urmăririlor contra debitorului cu consecința, însă, că acesta, deși beneficiar al unui moratoriu, nu putea, în principiu, să facă acte de dispoziție asupra bunurilor din patrimoniu^[3]. Explicația unei asemenea limitări a drepturilor datornicului rezidă într-unul din efectele specifice ale declanșării procedurii, și anume *desesizarea falitului*. În perioada de observație, debitorul, asistat de un curator, avea datoria să pregătească și să supună instanței un plan de redresare a întreprinderii însoțit de un plan de lichidare a pasivului.

Hotărârea prin care tribunalul statua asupra propunerilor debitorului marca cea de-a doua fază a procedurii, a cărei durată nu putea depăși trei ani și în cadrul căreia planurile propuse și aprobate erau executate. Un plan nu putea fi aprobat decât dacă asigura atât redresarea economică a întreprinderii, cât și plata datoriilor către creditori. Sub aspectul reorganizării economice, planul putea să prevadă sistarea unor activități nerentabile și începerea unor noi activități producătoare de profit, iar în ceea ce privea plata creditorilor era permisă nu numai reșalonarea unor termene de scadență, ci și reducerea unor creanțe. În măsura în care propunerile făcute nu conduceau la redresarea agentului economic, iar încetarea plăților era stabilită, procedura se convertea fie în reglementare judiciară, fie în lichidare judiciară.

16. Reglementarea judiciară a plăților și lichidarea bunurilor aveau trei caractere comune: a) erau proceduri colective; b) erau proceduri judiciare; c) disociau soarta conducătorului de soarta întreprinderii.

S-a spus^[4] că cele două proceduri erau *colective*, pentru că:

- toți creditorii erau grupați în masa credală, reprezentată de sindic, având personalitate juridică;
- creditorii nu mai puteau acționa individual contra debitorului și calculul dobânzilor pentru creanțele lor era sistat (în același sens dispun și art. 41 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 80 din Codul insolvenței);
- toate creanțele erau plasate pe picior de egalitate și verificate fără excepție [tot astfel, alin. (1) al art. 66 din Legea nr. 85/2006 prevede obligativitatea verificării tuturor creanțelor, cu excepția celor constatate prin titluri executorii, prevederi similare

^[1] G. Ripert, R. Roblot, *Traité élémentaire* (...), p. 317.

^[2] *Idem*, p. 37.

^[3] I. Turcu, *Falimentul – Actuala procedură*. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 50.

^[4] R. Bufan, *Reorganizarea* (...), p. 17 și I. Turcu, *Falimentul* (...), p. 51.

fiind incluse și în art. 105 alin. (1) din Codul insolvenței, care mai adaugă în categoria excepțiilor și hotărârile judecătorești ori arbitrale executorii];

- patrimoniul debitorului era obiect al unui gen de sechestrul asigurător în favoarea masei credale, acesta nemaiavănd dreptul de a acționa singur, ci doar asistat sau chiar reprezentat de sindic;

- plata către creditori se efectua conform unei ordini riguroase, mai întâi creditorii cu garanții reale și numai după aceea cei chirografari, proporțional cu ponderea creanței fiecăruia (art. 121 și 123 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 159 și art. 161 din Codul insolvenței reglementează în mod clar ordinea de plată a creanțelor);

- rolul dominant în procedură aparținea creditorilor care decideau soarta întreprinderii prin votul asupra concordatului, tribunalul limitându-se doar la omologare;

Acestea erau și *judiciare* pentru că:

- tribunalul comercial dispunea deschiderea procedurii față de comercianți și desemna sindicul și judecătorul-comisar;

- instanța era cea care omologa concordatul;

- tot tribunalul dispunea asupra lichidării bunurilor, precum și cu privire la sancționarea conducătorilor^[1].

Aceleași atribuții reveneau și tribunalului civil de mare instanță pentru necomercianți persoane juridice (asociații și societăți civile). Judecătorul-comisar, desemnat dintre judecătorii tribunalului, întocmea tabloul creditorilor, autoriza sindicul să efectueze anumite acte importante, sesiza tribunalul pentru a hotărî asupra contestațiilor, aproba vânzările în lichidare etc.^[2].

Principalele reproșuri aduse acestei reglementări constau în aceea că salvarea întreprinderii în dificultate nu devenea un scop la fel de important ca și plata creanțelor și că salariații nu au avut de jucat un rol distinct în cadrul procedurii^[3]. În cele mai multe cazuri aplicarea procedurii preventive era cerută după ce plățile încetaseră, iar obiectivul salvării întreprinderii prin redresare nu mai era realizabil^[4]. De asemenea, salariații nu aveau niciun rol în desfășurarea procedurii, posibilitatea preluării întreprinderii nu era reglementată, debitorul era imediat dezinvestit de dreptul de a-și administra averea, iar sindicul îndeplinea un cumul de funcții incompatibile: organ al procedurii, reprezentant al creditorilor și reprezentant al debitorului^[5].

Toate aceste deficiențe ale modificărilor legislative franceze din anul 1967 au determinat necesitatea unei noi reforme, prin Legea din 1 martie 1984 și decretul de aplicare a acesteia din anul 1985. În ciuda tuturor criticilor, în dreptul continental,

^[1] I. Turcu, *Tratat de insolvență* (...), p. 37.

^[2] Acest act normativ relevă o consolidare a prerogativelor Ministerului Public. Astfel, Procurorul Republicii era informat permanent despre deschiderea procedurilor colective și principalele lor etape de desfășurare. El era abilitat prin lege să intervină direct, sesizând tribunalul ori exercitând căile de atac, fiind însărcinat să supravegheze respectarea și aplicarea dispozițiilor legale, precum și să urmărească executarea măsurilor dispuse în acest scop de către instanța judecătorească (Ministerul Public putea cere, de exemplu, deschiderea procedurii sau înlocuirea sindicului). Cu toate acestea, caracterul judiciar accentuat al procedurii nu a exclus posibilitatea ocrotirii ei prin acorduri extrajudiciare ale partenerilor comerciali sau chiar intervenții ale autorităților administrative.

^[3] R. Bufan, *Drept falimentar* (...), p. 4.

^[4] 85% din totalul procedurilor se finalizau prin lichidarea bunurilor, dar fără a se obține o plată satisfăcătoare a creanțelor comerciale (doar 30-40% pentru creditorii cu garanții și cel mult 10% pentru creditorii chirografari), arăta profesorul Turcu, în *Tratat de insolvență* (...).

^[5] I. Turcu, *Tratat de insolvență* (...) p. 38.

această reglementare a constituit un progres prin consacrarea legislativă a reorganizării (redresării)^[1] ca şansă de salvare a debitorului, a afacerii acestuia, în caz că se dovedea viabilă din punct de vedere economic^[2].

2.5.1.1. Apariția noțiunii de drept al întreprinderilor în dificultate

17. Din titlul noilor legi, prevenirea și reglementarea amiabilă a dificultăților întreprinderilor, respectiv redresarea și lichidarea lor, rezultă, alături de progresul legislativ realizat, și implementarea unor noi preocupări față de salariați, în principal, și față de economie, în special^[3].

Devenită în timp o reală instituție juridică, *dreptul întreprinderii în dificultate* are ambiția de a preveni dificultățile, de a le trata, redresând întreprinderea, plătind creditorii și de a sancționa pe conducătorii incorecți sau incapabili^[4].

Titlatura de drept al întreprinderilor în dificultate a început să fie folosită^[5] după intrarea în vigoare a legilor din 1984 și 1985, susținută de trăsăturile esențiale ale procedurii^[6]. Atât Legea din 1 martie 1984, cât și Decretul pentru aplicarea ei din 1 martie 1985 au avut ca scop să prevină dificultățile prin îmbunătățirea informării conducătorilor de întreprinderi despre iminența unor dificultăți financiare și să ofere soluții necontențioase acestor dificultăți^[7].

Prevenirea dificultăților se realizează prin trei mijloace: documente contabile previzionale; proceduri de alertă care pot fi inițiate de cenzori, salariați, asociați sau chiar de președintele tribunalului; reglementarea amiabilă prin acordul încheiat de către debitor cu principalii creditori.

Legile din 1985 au prevăzut măsuri de remediere a dificultăților și redresare a activității bazate pe preeminența interesului acesteia și reunirea tuturor celor vizați de acest obiectiv într-o procedură unică^[8]. Articolul 1 al Legii nr. 85-98 din 25 ianuarie 1985 prevede ordinea de prioritate: 1) salvarea întreprinderii; 2) menținerea locurilor de muncă; 3) plata datoriilor și mijloacele de realizare: instituirea unei perioade de observație pentru a realiza un diagnostic al situației întreprinderii și pentru a întocmi bilanțul ei economic și social, după care tribunalul poate aproba un plan de redresare, care va urmări fie continuarea întreprinderii după restructurare, fie cesiunea acesteia către o terță persoană.

În centrul procedurii se plasează întreprinderea, și nu creditorii, iar măsurile procedurale sunt fundamentate economic^[9]. Diferențele de talie economică între diferitele în-

^[1] În doctrină, s-a arătat că prima legislație care a instituit o formă de reorganizare a fost cea a Republicii Sovietice din 1927, conform căreia întreprinderile a căror supraviețuire era în interesul statului puteau fi supuse unei administrații speciale care, prin reduceri de creanțe și reeșalonări de termene de plată, consimțite de Comisarul Poporului pentru Finanțe și Muncă, le putea salva de la lichidarea totală – C. Bălescu, *Curs de drept comercial și industrial*, Ed. Cultura Poporului, București, 1939, p. 318.

^[2] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 17.

^[3] În esență, tinde să protejeze orice afacere în care activitatea a încetat sau este pe cale să înceteze.

^[4] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 19.

^[5] Y. Chaput, *Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*, P.U.F., 1986.

^[6] Pentru dezvoltări vezi R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 20.

^[7] Alături de aceste deziderate, autorii francezi apreciau că noile dispoziții reprezintă un progres esențial în necesitatea de a preveni dificultățile financiare ale întreprinderii, idee dezvoltată de O. Tiquant, *La contractualisation de procédure collectives*, thèse, Paris, 1999.

^[8] I. Turcu, *Falimentul (...)*, p. 57.

^[9] Reputații profesori Ripert și Roblot argumentează poziția legiuitorului prin aceea că a avut în vedere interesul public, ocrotirea unor valori sociale, dat fiind faptul că în epoca contemporană marile întreprinderi

treprinderi au corespondent în două variante ale procedurii: o procedură de drept comun și alta simplificată. Reticența față de măsura dezinvestirii conducătorului de dreptul de a administra averea a fost însoțită de faptul delimitării atribuțiilor administratorului-judiciar de cele ale mandatarului-lichidator. Hotărârile tribunalului cu privire la soarta întreprinderii se bazează și pe negocierile partenerilor^[1].

Modificarea legislativă se caracterizată prin sporirea atribuțiilor tribunalului, ale judecătorului-comisar și ale procurorului, în detrimentul prerogativelor creditorilor. Astfel, tribunalul deschide procedura, numește și înlocuiește organele procedurii, stabilindu-le și atribuțiile, aprobă actele importante și judecă recursurile contra ordonanțelor judecătorului-comisar, decide aprobarea planului sau, dimpotrivă, lichidarea. Judecătorul-comisar devine figura principală în procedură, implicându-se din etapa prealabilă a perioadei de observație și în toate etapele următoare, prin autorizarea vânzărilor, constituirea de garanții, verificarea creanțelor, controlul auxiliarelor justiției^[2]. Procurorul poate cere deschiderea procedurii, revocarea unor auxiliari ai justiției și poate declara recurs contra hotărârilor tribunalului. Creditorilor nu li se mai permite organizarea în adunare și ei nu votează asupra planului de redresare^[3].

Totodată, sunt asociate la procedură *drepturile salariaților*, atenuarea sancțiunilor față de conducători și prin integrarea în procedură a persoanei care va prelua întreprinderea. Concomitent cu dispariția ca organ a adunării creditorilor, a fost creat, ca un nou organ, reprezentantul salariaților, având ca obiectiv principal nu recuperarea creanțelor salariale, ci salvarea locurilor de muncă.

Atenuarea sancțiunilor față de conducător s-a realizat prin dezinvestire de la caz la caz, abrogarea unora dintre incriminările de bancrută, eliminarea diferențierii între bancruta simplă și cea frauduloasă ș.a. Persoana care va prelua întreprinderea va dobândi un statut legal, cu drepturi și obligații. În principal, aceasta este obligată să plătească prețul cesiunii și nu-i este permis să vândă activele întreprinderii (cu excepția stocurilor) înainte de a-și fi plătit datoria, ceea ce înseamnă că nu poate plăti prețul cesiunii cu sume obținute din vânzarea bunurilor întreprinderii, așa cum s-a procedat la noi, în unele cazuri^[4].

Un examen retrospectiv al reformei din 1984-1985 a condus la concluzia că normele legale privind prevenirea insolvenței *au rămas fără efect*, fiind rareori aplicate, iar normele privind redresarea judiciară au devenit o obișnuință.

Perioada reformei a fost marcată de dispariția masivă a întreprinderilor, dar acest efect a avut și alte cauze, care au fost predominante, comparativ cu falimentele^[5]. Cauzele erau de ordin economic și nu puteau fi explicate doar prin prisma dreptului pozitiv. Procedurile s-au deschis atunci când întreprinderile erau muribunde, lipsite de active și supraîndatorate. Oricât de perfectă ar fi fost legislația, ea nu putea constitui o salvare. În cazul întreprinderilor de o anumită importanță și care și-au conservat un minim de forțe, cesiunea și planul de redresare au permis plata unui însemnat număr de credi-

s-au dovedit a fi un mijloc de producție creator de locuri de muncă, *Traité de droit commercial (...)*, p. 774.

^[1] I. Turcu, *Falimentul (...)*, p. 53.

^[2] M. Jeantin, P. le Cannu, *Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2006, p. 4.

^[3] Dreptul contemporan în materia procedurilor de redresare și lichidare judiciară promovează o concepție nouă, favorabilă întreprinderilor aflate în dificultate, a căror existență și continuitate se dorește a fi salvată, uneori, în detrimentul intereselor creditorilor, concluzionează reputatul profesor Costin, în op. cit., p. 24.

^[4] *Idem*, p. 54.

^[5] Statistic, s-a constatat că 95% din procedurile deschise au fost finalizate cu falimente și doar 10% din planurile propuse au fost confirmate.

tori, numai că durata de executare a planului se întindea pe cel puțin 3-10 ani și prețul plătit pentru cesiune abia dacă acoperea creanțele privilegiate (îndeosebi cele salariale).

Criticii-reformei s-au raportat și la caracterul ei restrictiv^[1]. Prevenirea viza doar întreprinderile importante, neglijându-le pe cele mici și mijlocii sau individuale, care sunt și cele mai vulnerabile. Pe de altă parte, normele legale cu caracter preventiv vizau cunoașterea dificultăților financiare deja produse, fără a interveni anterior acestui rezultat. Totodată, aceste norme nu luau în considerare marea diversitate a întreprinderilor și se aplicau numai față de un număr restrâns dintre acestea. Dintre cele trei obiective ale reformei legislative – salvarea întreprinderii, menținerea locurilor de muncă și plata datoriiilor – niciunul nu a fost realizat pe deplin, nici chiar obiectivul prioritar.

Pentru înlăturarea acestor deficiențe a fost elaborată Legea din 10 iunie 1994, care aduce modificări importante vechii reglementări, în scopul eficientizării măsurilor preventive, sporind prerogativele președintelui tribunalului, lărgeste domeniul reglementării amiabile, simplifică și accelerează procedura de redresare și lichidare judiciară, întărind drepturile creditorilor și mărind obligațiile cesionarilor întreprinderilor^[2].

Dificultățile întreprinderilor care nu au încetat plățile au încercat să fie evitate sau cel puțin să nu conducă la insolvență, tot prin dispozițiile acestei legi, din perspectiva interesului public pe care aceasta îl reprezintă. Datorită scopului ei economic și social, prăbușirea întreprinderii interesează ordinea publică, iar prevenirea insolvenței devine, conform Legii din 10 iunie 1994, cel dintâi imperativ^[3]. Ea se bazează pe o detectare precoce a cauzelor dificultăților și pe intervenții prin proceduri de alertă, completate cu un tratament amiabil și rapid al dificultăților.

Soluțiile legislative cu caracter preventiv s-au bazat pe observația că, pe de o parte, insolvența întreprinderilor își are sorgintea în subcapitalizare^[4] și insuficiența fondurilor proprii, iar, pe de altă parte, dificultățile financiare pot fi detectate mai curând printr-un control de gestiune riguros. În consecință, Legea din 10 iunie 1994 a majorat plafonul minim al capitalului social al S.R.L. și S.A. și a impus utilizarea unor noi documente contabile cu caracter informativ. Concomitent, a reglementat o procedură de alertă pentru situațiile care ar fi susceptibile să compromită continuarea activității întreprinderii^[5].

Sfârșitul anului 2000 a dat naștere unui nou proiect legislativ, axat pe cinci aspecte: înnoirea cadrului juridic, ameliorarea transparenței, accelerarea distribuirii fondurilor, un nou regim juridic al micilor proceduri, încurajarea rezolvării amiabile. Concomitent, se preconiza ameliorarea tehnicilor privind detectarea precoce a dificultăților și a rezolvărilor amiabile. Proiectul prevedea posibilitatea deschiderii, la cererea debitorului, a unei proceduri preventive de redresare, înainte de încetarea plăților, precum și a unei proceduri accelerate de lichidare, atunci când debitorul nu posedă active, extinderea

[1] De exemplu, V. Alfandari, *Jeantin*, obs. în RTD com., 1984, 299 sau J.-J. Daigre, *Le rôle de prévention du tribunal de commerce – bilan d'un enquête*: JCP ed. E, 1987, 15066, citați în M. Jeantin, P. le Cannu, op. cit., p. 42.

[2] P. le Cannu, *Règlement amiable et droit des sociétés*, Bulletin Joly sociétés, 1986, p. 811.

[3] I. Turcu, *Falimentul (...)*, p. 59 și urm., idee dezvoltată de același autor și în *Tratat*.

[4] I. Turcu, *Suspendarea plăților – testul insolvenței* – o posibilă soluție de echilibru între deschiderea precoce și deschiderea tardivă a procedurii, în RDC nr. 10/2005, p. 9.

[5] S-au instituit așa-numitele celule de prevenire care, funcționau pe lângă Tribunalele comerciale și aveau ca atribuții convocarea conducătorilor întreprinderilor în încercarea de a căuta soluții și reglementări amiabile. Bourie-Quenillet et Stefany, citat în M. Jeantin, P. le Cannu, op. cit., p. 43.

procedurii la toate persoanele liber profesionale, sporirea rolului procurorului în procedura de cesiune^[1].

Plecând de la faptul că în anul 2002, 90% din procedurile deschise au fost finalizate cu falimente și doar 10% din planurile propuse au fost confirmate, iar în anul 2003, 3 din 10 planuri de reorganizare au fost realizate^[2], în efortul de îmbunătățire a procedurii și în scopul obținerii unor rezultate palpabile, s-a adoptat Legea din 26 iulie 2005 pentru salvagardarea întreprinderilor și Decretul nr. 2005-1677 din 28 decembrie 2005. Modificările aduse prin noua lege tind să realizeze o prevenție eficientă^[3], dând amploare negocierii convenționale într-un domeniu ce ține în mod tradițional de interesul public, fondat pe încrederea reciprocă a părților implicate, conturând rolul important al tribunalului. Nici această modificare nu a fost suficientă. Reforma a continuat cu Ordonanța din 18 decembrie 2008 și Decretul de aplicare al acesteia din data de 12 februarie 2009, care aduc modificări esențiale legii din 2005 și probabil că nici această reglementare nu va rămâne necriticată.

Reglementate într-un moment de criză economică generalizată, toate aceste acte normative pun accentul asupra procedurii de anticipare a dificultăților financiare, de inspirație americană și pe procedura salvării întreprinderii^[4].

În privința actelor înfăptuite de-a lungul perioadei suspecte de către debitor, se menține tendința anterioară de a fi supuse unui statut particular destinat limitării riscurilor de păgubire nedreaptă a debitorului^[5]. Inopozabilitatea acestora față de masa credală era sancțiunea tradițională aplicată pentru remedierea acestei pagube. Legea din 25 ianuarie 1985, care a suprimat rolul primordial al creditorilor, dând întâietate întreprinderii, a concluzionat stabilind că aceste acte sunt nule. Acest aspect nu a fost reluat în discuții în Legea din anul 2005. Cu toate acestea, legea salvagărdării întreprinderii a ridicat noi probleme, bulversând rolul și regimul de sistare a plăților, care constituie punctul de plecare al perioadei suspecte, concluzia fiind că reglementarea aduce prejudicii raporturilor civile și principiilor guvernante, determinând mai mult nemulțumiri asupra regimului juridic aplicabil^[6].

2.5.2. Alte sisteme de drept

18. Influența Codului comercial francez din 1807 asupra legislațiilor țărilor europene nu mai este contestată de nimeni. Fiecare stat a încercat să elaboreze reguli și să adopte reglementări care să se adapteze cerințelor timpului. Totuși, fiecare reglementare este

^[1] Și noul proiect păstrează ca obiectiv principal salvarea întreprinderii, operând o distincție, după gradele dificultăților cu care se confruntă, între întreprinderile care sunt încă *in bonis* și cele care au încetat deja plățile. Pe această destinație sunt axate tratamentele juridice diferite ale dificultăților întreprinderilor.

^[2] M. Jeantin, P. le Cannu, op. cit., p. 1 – citând un raport statistic în care concluzia era că majoritatea planurilor sunt mai dificile pentru creditori decât pentru debitori.

^[3] X. Lagarde, *Prévenir le surendettement des particuliers*, JCP 2002, I, p. 163.

^[4] Fenomenul crizei a dus în Franța numai în cursul primelor 10 luni din anul 2009 la derularea a peste 60.000 de proceduri de salvare, redresare ori de lichidare. <http://www.lgdj.fr/manuels-precis-mementos/227423/droit-entreprises-difficulte?cmp=EMC-n107>.

^[5] M. Campana, R. de Gentile, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, thèse, Sirey, 1973, p. 7, nr. 1 și urm. De aici rezultă că o indemnizație de asigurare, donată vânzătorului care beneficiază de o clauză de rezervă a proprietății, nu se încadrează în nulitățile perioadei suspecte: Cas. com., Camera de comerț, financiară și economică a Curții de casație, 16 iulie 1993: *Juris-clasor periodic* 1993, I, 298, nr. 10, obs. *Cabrillac și Petel*; *Juris-clasor periodic*, ediția întreprindere și afaceri, 1994, II, 549, nota Larroumet.

^[6] M. Jeantin, P. le Cannu, op. cit., p. 408.

diferită, pornind de la punctul de vedere asupra scopului procedurii și de la consecințele declarării falimentului asupra debitorului.

În Anglia secolului al IX-lea falimentul nu era dezonorant pentru debitorul aflat în încetare de plăți, având în vedere riscul la care se expunea un comerciant. Însă, falimentul odată declarat, avea repercusiuni asupra capacității persoanei, regimului matrimonial și asupra proprietății^[1].

După concepțiile de bază ale legislației s-a considerat că legile falimentului se împărțeau în trei categorii: grupul latin, influențat de legislația franceză, grupul germanic și cel anglo-saxon.

Din primul grup, Belgia și Luxemburg au fost țările care au adoptat în 1851 legile cele mai apropiate de cele franceze, iar Italia, deși inițial adoptase Codul comercial din 1865, de asemenea de inspirație franceză, s-a desprins în 1882, când reglementarea unor instituții s-a apropiat de spiritul german^[2] (la rândul său, Codul comercial italian a influențat Codul falimentului adoptat la 10 februarie 1877 de Germania care, deși are noțiuni preluate și din legislația franceză, cuprindea o deosebire principală, și anume faptul că se aplica și necomercianților).

În Austria și Elveția dispozițiile legale în materie de faliment erau diferite de la o provincie la alta, respectiv între cantoane. În primul stat unificarea legislației s-a făcut în 1781 prin Ordonanța generală asupra falimentului, iar în Elveția abia în anul 1889^[3].

Se remarcă faptul că sistemele legislative dispun, în genere, de cel puțin două proceduri: *lichidarea bunurilor* care conduce inevitabil la încetarea activității debitorului, pe de-o parte, și o procedură echivalentă cu *reglementarea judiciară* sau redresarea care face posibilă continuarea exploatarei comerțului grație unui *concordat*.

Astfel, Germania, Belgia, Olanda, Elveția, Marea Britanie, Spania, Italia reglementează concordatul ca un mijloc de asigurare a continuității existenței debitorului comerciant^[4].

În Germania, Legea privind falimentul (*Konkursordnung*) din 1 februarie 1877, cu modificarea operată prin Legea din 4 iulie 1980, a reglementat lichidarea bunurilor. Procedura a fost însă completată printr-o lege din 26 februarie 1935 referitoare la reglementarea judiciară (*Vergleichsordnung*) care normează și concordatul.

Similar, în Belgia, prin Legea din 29 iunie 1887 a fost introdus concordatul preventiv care a fost convertit – prin efectul Legii din 25 septembrie 1946 – în concordat judiciar. În Olanda, Legea din 30 septembrie 1893 – modificată printr-o lege din 7 februarie 1935 – reglementează falimentul și amânarea plăților, iar din anul 1979 s-a instituit și concordatul judiciar.

Legislația Spaniei consacră două instituții juridice: falimentul (Codul comercial) și suspendarea plăților (Legea din 26 iulie 1922). Cele două proceduri aplicabile comercianților se pot finaliza fie prin lichidare, fie prin concordat.

Italia a înlocuit dispozițiile în materie de faliment din Codul comercial de la 1882 cu reglementarea instituită prin Legea din 16 martie 1942 care tratează, într-un număr de 266 articole, falimentul, concordatul preventiv, administrarea controlată și lichidarea judiciară. În plus, la aceste proceduri s-a adăugat – prin Legea nr. 95 din 1979 – o

[1] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 35.

[2] C.A. Stoeanovici, op. cit., p. 37.

[3] *Idem*, p. 41 și 54.

[4] G. Ripert, R. Roblôt, *Traité de droit commercial (...)* p. 769-770; Y. Chaput, op. cit., p. 33.

procedură cu caracter special, administrarea extraordinară, care este rezervată marilor întreprinderi și se derulează sub controlul Ministerului Industriei^[1].

19. Legea italiană asupra falimentului, prin dispozițiile care instituie regulile de bază ale declarării falimentului, relevă unele similitudini cu reglementarea falimentului din Codul comercial român, în prezent abrogată. Astfel, declararea falimentului în Italia se întemeiază pe starea de insolvență a debitorului (*stato d'insolvenza*) care este definită în art. 5 alin. (2) prin raportare la două elemente care o caracterizează: primul, constă în regularitatea modului în care debitorul satisface sau, în orice caz, este în stare să satisfacă obligațiile asumate și al doilea, implicând exteriorizarea necesară a insolvenței prin intermediul unor împrejurări sau situații simptomatice indicate într-o manieră generică^[2].

Inițiativa declanșării procedurii aparține debitorului, unuia sau mai multor creditori, reprezentantului Ministerului Public, sau se declară din oficiu. Comerciantul care solicită, în temeiul dispozițiilor art. 6 din lege, declararea falimentului, are obligația depunerii la grefa tribunalului, a bilanțului, registrelor contabile, a contului de profit și pierderi, pe cei doi ani anteriori sau de la data constituirii întreprinderii atunci când aceasta a fost recent înființată. Competența declarării falimentului aparține, conform dispozițiilor art. 9 din lege, tribunalului în circumscripția căruia comerciantul are sediul principal^[3].

În ceea ce privește sfera subiecților supuși procedurii falimentului, concordatului preventiv și administrării controlate, circumscrisă în art. 1 din lege, aceasta exceptează, pe lângă entitățile sau instituțiile publice, și pe *micii comercianți*. Sunt considerați mici comercianți [alin. (2)] cei care, exercitând o activitate comercială, sunt recunoscuți ca atare pe baza criteriului venitului care nu trebuie să depășească o limită minimă stabilită de lege. Nu pot fi asimilate micilor comercianți, societățile comerciale.

Particularitățile legislației italiene în acest domeniu rezidă, în principal, în reglementarea procedurii *lichidării forțate administrative* (*liquidazione coatta amministrativa*).

Întreprinderile supuse lichidării forțate administrative nu sunt supuse falimentului, exceptând cazurile prevăzute de lege. S-a creat, așadar, de către legiuitorul italian, o procedură falimentară specială, capabilă să producă aceleași efecte ca și falimentul, dar fiind încredințată autorității administrative. Organele lichidării forțate administrative sunt: comisarul lichidator (*commissario liquidatore*), comitetul de supraveghere (*il comitato di sorveglianza*) format din 3-5 membri și experți în ramura de activitate a debitorului, care pot fi numiți dintre creditori (art. 198).

Comisarul lichidator este, potrivit dispozițiilor art. 199 din titlul V al legii, funcționar public și este omolog al curatorului din procedura falimentului. În cursul lichidării el poate fi revocat, iar numirea unui nou lichidator se face cu autorizarea autorității administrative care supraveghează lichidarea^[4].

[1] G. Ripert, R. Roblot, *Traité de droit commercial (...)*, p. 770.

[2] M. Bione, A. Bonsignori, F. Bosello, F. Galgano, N. Salanitro, U. Santarelli, G. Santini, L. Scudellari, G.U. Tedeschi, *Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento. Legge fallimentare*, E. Zannichelli, Editore Bologna Il Foro Italiano, Roma, 1974, p. 203. Potrivit art. 5, comerciantul care se află în stare de insolvență este declarat în faliment. „L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza e dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza se manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non e piu in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”, p. 185.

[3] M.N. Costin, op. cit., p. 114, 115.

[4] A. Bonsignori, *Della liquidazione coatta amministrativa*; art. 194-215, N. Zanichelli Editore Bologna, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1974, p. 106, 126, 147.

Lichidarea forțată administrativă este reglementată în titlul V al legii, în art. 194-215. Conform dispozițiilor art. 195 întreprinderile supuse acestei proceduri sunt declarate, de către tribunal, în stare de lichidare forțată administrativă după ce în prealabil a fost consultată autoritatea guvernamentală care exercită supravegherea întreprinderii. Nominalizarea întreprinderilor care pot fi supuse lichidării administrative se face prin lege, așa după cum dispune art. 2. Desfășurarea procedurii are loc sub supravegherea autorității administrative care finalmente autorizează și depunerea bilanțului final al lichidării la tribunal^[1].

Lichidarea se încheie odată cu distribuirea activului patrimonial între creditori și depunerea bilanțului final al lichidării la autoritatea administrativă care, în temeiul dispozițiilor art. 213, autorizează depunerea acestor documente la tribunal. Bilanțul final al lichidării este supus publicității în Gazeta Oficială și în ziare.

Este de remarcat că lichidarea se poate finaliza și cu un concordat propus de întreprindere care, împreună cu avizul comisarului-lichidator, al comitetului de supraveghere și al autorității administrative, se înaintează tribunalului (art. 214, 215). Tribunalul se pronunță în camera de consiliu fie prin admiterea, fie prin respingerea concordatului. În cazul admiterii concordatului, comisarul-lichidator asistat de către comitetul de supraveghere este îndrituit să exercite supravegherea executării concordatului^[2].

2.5.2.1. Grupul anglo-saxon

20. Cu toate că legislația Angliei este cutumiară, în materia falimentului s-a realizat o excepție, iar până în anul 1883 au existat peste patruzeci de legi în materia falimentului. Prima lege asupra bancrutei a fost edictată de Henry al VIII-lea, în anul 1542. În acele timpuri, falimentul permitea creditorului să-și aproprieze bunurile debitorului care nu-și putea plăti datoriile, fapt care, însă, nu-l apăra de închisoare. Mai mult, familia trebuia să plătească datoriile neachitate pentru a obține eliberarea debitorului. Procedura era aplicabilă atât comercianților cât și necomercianților care se sustrăgeau de la plata creanțelor, în mod fraudulos^[3].

Cu timpul, concepția legii a evoluat. În jurul anului 1700, unii debitori erau eliberați din închisoare și trimiși în Statele Unite, în special în Georgia și Texas, motiv pentru care aceste zone erau cunoscute drept coloniile debitoare. Spre anul 1800 se putea obține eliberarea debitorilor și chiar scutirea de la plata restului de datorie neachitat. Caracterul procedurii era unul punitiv, un remediu în favoarea creditorilor, implicând sancțiuni penale indiferent de buna sau rea credință a debitorilor și se aplica doar comercianților^[4].

Însă, încă din anul 1705 a apărut Legea de prevenire a actelor frauduloase comise de faliti, cărora nu li se aplica iertarea de datorie pentru partea rămasă neachitată din debit ca urmare a preluării bunurilor de către creditori^[5].

^[1] M.N. Costin, op. cit., p. 103.

^[2] Idem, p. 306.

^[3] P.-E. Bilodeau, Précis de la faillite et de l'insolvabilité, Ed. Revue de Droit de l' Université de Sherbrooke, Quebec, 2002, p. 1.

^[4] Bankruptcy, Wikipedia, History, preluat de pe http://209.85.129.132/search?q=cache:iv6-EUK9vO8J:en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy+banruptcy&cd=1&hl=ro&ct=clnk&gl=ro&lr=lang_en|lang_ro|lang_sr&client=firefox-a.

^[5] A. Bohemier, Le droit de la faillite, citat de Bilodeau, în G. Ripert, R. Roblot, op. cit., p. 770.

Ulterior, dreptul falimentului, după multiple modificări, a fost reglementat de *Bankruptcy Act* sau *Legea falimentului* din 10 august 1914, modificată consecutiv prin *Bankruptcy Amendment Act* din 1926 și prin *Insolvency Act* din 1986. Acest din urmă act normativ a conservat regula tradițională conform căreia procedura falimentului (*bankruptcy*) nu este aplicabilă societăților. Când măsurile preventive prevăzute de primele două părți din *Insolvency Act* (1986) și anume – concordatul preventiv și administrarea sub autoritatea justiției – nu pot fi aplicate la un caz concret, încetarea plăților de către debitor conduce la lichidare (*winding-up*), fie o lichidare voluntară, fie o lichidare forțată dispusă de tribunal.

21. În SUA, sub imperiul sistemului englez, *bancruta frauduloasă* a fost reglementată printr-un act normativ în 1825, aplicabil și situațiilor în care un comerciant depunea o cerere de intrare în insolvență. În același act era cuprinsă și situația în care exista un acord fraudulos între debitor și terți, invalidate când se stabilea o înțelegere între părți.

În SUA, este general admis că legislația în materie a fost influențată de cea britanică. Conform Constituției SUA, art. 1, Secțiunea 8, alin. (4), Congresul este împuternicit „să stabilească o lege uniformă asupra naturalizării și legi uniforme asupra falimentului (*Bankruptcy*) pe întreg teritoriul Statelor Unite”. Pe această bază, Congresul a adoptat trei legi asupra falimentului (*Bankruptcy Act*) în 1800, 1841 și 1867.

În 1898, Congresul a adoptat *National Bankruptcy Act*, care a rămas în vigoare până în 1938, fiind modificată de opt ori. În acest timp *National Bankruptcy Act* a avut ca obiect de reglementare așa zisul „faliment direct” (*straight bankruptcy*), respectiv trecerea societății direct în lichidare, fără a prevedea nimic despre reorganizare.

O modificare substanțială apare în 1938, odată cu apariția actului normativ cunoscut sub numele de *Chandler Act*.

Capitolele X și XI din *Chandler Act* au inovat, permițând nu doar lichidarea imediată, ci și *reorganizarea debitorului*, în special a comercianților persoane juridice (*corporations*). Capitolul XI din *Chandler Act* permitea reorganizarea parțială a afacerii, însă nu conținea dispoziții referitoare la reducerea cuantumului creanțelor garantate și nici la posibilitatea micșorării drepturilor asociaților. Pe calea negocierilor directe între societatea debitoare și fiecare creditor garantat (*secured creditor*) se putea, totuși, ajunge la reducerea cuantumului acestor creanțe. Debitorul păstra controlul afacerii întreprinderii și purta responsabilitatea de a formula un plan de reorganizare sau restructurare a datoriilor, numit *arrangement*. Aceste convenții trebuiau confirmate de către judecător, cu condiția să fie „fezabile”, respectiv să fie bazate pe ipoteze și scenarii verosimile și realizabile.

De asemenea, o altă condiție necesară pentru obținerea acordului judecătorului consta în aceea că planul trebuia să fie orientat către satisfacerea intereselor creditorilor (*in the best interest of the creditors*). În practică, această cerință a fost tradusă prin necesitatea de a se asigura creditorilor cel puțin cât ar fi primit dacă societatea debitoare ar fi fost lichidată.

Capitolul XI a fost aplicat pe scară foarte largă, deoarece întrunea o serie de avantaje specifice dreptului comercial, cum ar fi: simplitate, rapiditate, absența administratorului – numit de autorități (*trustee*).

Statisticile americane arată că, dacă în 1950, numărul de petiții care invocau Capitolul XI era de 538, în 1979 acestea au fost în număr de 3042. Neajunsurile legii din 1938 priveau în special reglementarea sumară a reorganizării, care era doar parțială; nu era

încă dezvoltată ideea unui plan care se putea impune tuturor părților și care să poată prevedea o reorganizare totală a afacerii. Aceste inconveniente au determinat în 1978 apariția *Bankruptcy Reform Act* (BRA), care a înlocuit *Chandler Act*.

Bankruptcy Code și *Bankruptcy Reform Act* din 1978 relevă competența federală în materie. Legislația americană reglementează cele două proceduri clasice, adică lichidarea patrimoniului debitorului – persoană fizică ori juridică – și reorganizarea acestuia pe baza unui plan de redresare, în cadrul procedurii de reorganizare (*Reorganisation*) legiferată în capitolul 11, secțiunile 1101-1174.^[1]

În plus, mai instituie o a treia procedură denumită „*sprijinirea familiei*” la care pot apela persoanele fizice ale căror datorii nu depășesc anumite limite determinate de lege. Competența de aprobare a planului de redresare a debitorului revine, în toate cazurile, curții federale. În cazul în care planul de reorganizare nu este confirmat conform regulilor înscrise în secțiunea 1173, la cererea părților interesate, curtea decide lichidarea în baza art. 1174 (*Liquidation*). Derularea acestor proceduri are consecințe deosebite față de debitor, întrucât cauzele care au ca obiect procedura *bankruptcy* sunt păstrate într-o evidență specială (*credit reports*); datele pe care aceasta le oferă cu privire la fostul subiect al procedurii pot influența situația acestuia, de exemplu, în ipoteza solicitării unui nou credit.

Capitolul 11 al *Bankruptcy Reform Act* a consolidat și unificat prevederile din *Chandler Act*, capitolele X-XII. Sub protecția Capitolului 11 este posibilă reorganizarea completă a societății, pe baza unui plan negociat între părți, sub conducerea instanței. Și în acest caz se reia condiția – modificată – din *Chandler Act*, în sensul că fiecare clasă de creditori trebuie să primească, conform planului, cel puțin atât cât ar fi primit în cazul lichidării imediate a societății debitoare.

22. Deoarece problema falimentului este de mare importanță – anual se înregistrează peste 200.000 de falimente – materia este reglementată de o lege federală; legile statelor au incidență în anumite momente ale procedurii, de exemplu pentru definirea creanțelor privilegiate, a bunurilor ce nu intră în activul destinat distribuirii etc.

Legea a creat chiar un sistem aparte de jurisdicție, constând în curți federale și judecatori numiți de Președinte (cu acordul Senatului) pe o perioadă de 14 ani.

În legislația americană în vigoare există trei tipuri de proceduri judiciare, și anume:

- lichidarea (*straight bankruptcy*), aplicabilă tuturor debitorilor, comercianți sau ne-comercianți, persoane fizice sau juridice;
- reorganizarea, aplicabilă doar comercianților;
- procedura intitulată „planul veniturilor continue”^[2].

Cele mai importante trăsături ale procedurii reorganizării și lichidării, așa cum se prezintă ele astăzi în SUA, se pot sintetiza astfel: inițiativa introducerii unei cereri aparține debitorului, chiar dacă acesta nu este încă în încetare de plăți; creditorii pot introduce o cerere dacă debitorul lor este în încetare de plăți sau în stare de insolvabilitate, respectiv cu un pasiv superior activului; există un administrator (*trustee*) pe toată durata

^[1] Bankruptcy Code, Rules and Official Forms, Law School Edition, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1994, p. 302 și urm.

^[2] Care este de fapt o reeșalonare a datoriilor acordată persoanelor fizice cu venituri regulate, continue (pensii, salarii, dividende), și care au datorii de maximum 100.000 USD către creditorii chirografari sau de maximum 350.000 USD către creditorii garanți; în virtutea planului, verificat de *trustee* (administrator), debitorii pot plăti în maximum 5 ani, cu condiția să nu plătească mai puțin decât ar fi primit creditorii prin lichidarea directă.

procedurii, care are un rol esențial, instanța intervenind doar în momente cheie; comitetul fiecărei clase de creditori are un rol foarte important; debitorul și creditorii sunt examinați sub jurământ, cu privire la debitele, respectiv creanțele lor; creditorii garantați au prioritate la distribuirea sumelor rezultate din vânzarea bunurilor constituite garanții; atitudinea debitorului are importante consecințe pentru viitorul său^[1].

Secțiunea a 3-a. Reglementarea regimului comercianților aflați în dificultate în România

§1. Vechiul drept românesc

23. Dintre textele vechiului drept românesc, primele reglementări privitoare la instituția falimentului sunt cuprinse în Codurile Caragea din Muntenia (1818) și Callimach din Moldova (1817), la redactarea cărora au fost avute în vedere normele europene de la acea vreme, cu precădere Codul civil francez de la 1804 și Codul civil austriac din 1811^[2].

Codul Caragea, în Partea a III-a, Capitolul VIII – „Pentru împrumutare și datorie”, prevedea că în situația în care datornicul moșluzește (ajunge în stare de faliment), el are posibilitatea să capete milostivirea creditorilor (declarațiune de scuzabilitate), ori să fie tratat ca falit fraudulos (moșluz prefăcut), situație în care acesta putea face o cesiune de bunuri în favoarea creditorilor, numită darea averii sau teslimat, cu dreptul acestora din urmă de a respinge propunerea făcută. Cesiunea avea ca efect liberarea debitorului de datoriile acumulate, inclusiv de cele neacoperite, cu excepția creanțelor aparținând creditorilor care respingeau teslimatul. În ceea ce privește reprimarea bancrutelor, codul prevedea sancțiunea închisorii de un an și vânzarea averii pentru plata împrumutătorilor.

În Codul Calimach, falimentul – „rânduiala concursului creditorilor” – era definit ca „acea de legi regulă după care are a se urma în pricini de falimente sau bancrute”, procedura de urmat – „tratarea concursului creditorilor” – ca „urmarea judecătorească după care creditorii unui falit se cheamă la un loc, prin edict, spre limpezirea și dovedirea pretențiilor lor, ca după aceasta să poată împărți aflată avere a falitului între dânsii după analogia clasificăției”, iar actul falimentului se numea „masa credală” sau a concursului, reglementarea fiind superioară celei din Codul Caragea. În cuprinsul Anexei I era tratată în detaliu procedura aplicabilă debitorilor aflați în încetare de plăți, fără a se face distincție între profesiunea lor, și care cuprindea mai multe faze: catagrafia și prețlăuirea averii falitului, deschiderea concursului prin efectuarea publicității edictului, cârmuirea averii supusă la concursul creditorilor, limpezirea înfățișatelor sume de datorii, clasificarea pretențiilor desăvârșit limpezite, procesele pentru potimisirea în clase (stabilirea cauzelor de preferință), împărțirea averii concursului și sfârșitul sau desființarea concursului^[3].

Deschiderea procedurii se făcea printr-o sentință declarativă dată de judecătoria (edict), supusă publicității^[4] atât la locul pronunțării, cât și în celelalte județe, efectul

^[1] După o nouă modificare în octombrie 2005, legea a suferit îmbunătățiri în 2008 datorită efectelor crizei.

^[2] R. Bufan, Reorganizarea (...), p. 31; M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 28; Gh. Gheorghiu, Procedura (...), p. 21; C. Rotaru, op. cit., p. 8.

^[3] M. Pașcanu, op. cit., 1926, p. 20.

^[4] „După publicația concursului, săvârșit în chip convenit, nu mai poate face nicio judecătoria să caute judecata asupra falitului pentru averea lui. Toate pricinile atingătoare de concurs care s-ar fi început la alte judecătorii trebuie să se trimită la acea judecătoria unde se cercetează concursul” – pentru o tratare mono-

ei principal fiind desesizarea falitului și inopozabilitatea față de masa credală a actelor încheiate ulterior de către datornic.

De asemenea, avea loc transferul activului debitorului către masa credală, represiunea delictului pentru creanțele fictive și, nu în ultimul rând, opțiunea între urmărirea pe cale de concurs a averii falitului sau a persoanei acestuia prin constrângere corporală. Judecătoria numea un curator al averii după alegerea creditorilor, rolul acestuia fiind acela de a inventaria bunurile, de a aplica sigiliile și de a convoca creditorii. Totuși, nu se suspenda cursul dobânzilor odată cu pronunțarea edictului, instituția moratorului și cea a concordatului nu erau cunoscute, iar creditorii amanetari nu veneau la masa credală alături de ceilalți creditori, ci ei aveau posibilitatea să-și realizeze creanța din fructele amanetului.

Regulamentele organice din Țara Românească (1831) și Moldova (1832), deși nu au adus nimic nou cu privire la faliment, au prevăzut crearea unor instanțe judecătorești pentru litigiile comerciale^[1].

Condica pentru comerț introdusă în Muntenia în 1840, aplicată și în Moldova din anul 1864, constituie prima lege românească asupra falimentului și ea reprezenta o adaptare a Legii franceze din 28 mai 1838, suferind modificări succesive până în anul 1887, când în vechiul regat a fost introdus Codul comercial, care și-a dovedit perenitatea în timp, prevederile sale rămânând – cu unele excepții^[2] – în vigoare până la adoptarea Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare.

24. Inspirată din Codul comercial italian (1882), reglementarea instituției falimentului din Codul comercial român de la 10 mai 1887 se înscrie în tradiția legilor neolatine, caracterul ei punitiv și infamant în raport cu debitorul falit fiind evident.

Articolul 695 statua următoarele: „comerciantul care a încetat plățile pentru datoriile sale comerciale este în stare de faliment”. Din acest text se pot desprinde cu ușurință care erau condițiile cerute pentru aplicarea procedurii, și anume: 1) să fie vorba de un comerciant, adică de o persoană care face acte de comerț, având comerțul ca o profesie obișnuită^[3]; 2) comerciantul să fie în încetare de plăți, stare ce se caracterizează prin

grafică, a se vedea A. Negoianu, *Insolvabilitatea în vechile legiuri române*, Institutul de Arte Grafice „Vremea”, București, 1931, p. 77 și urm.

^[1] D.V. Firoiu, *Istoria statului și dreptului românesc*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 136; arătând că „pricinile de comerț se vor judeca după condica de comerț a Franciei, care se va traduce în limba românească, luându-se dintrânsa toate câte se vor potrivi cu starea țării”.

^[2] Cea mai importantă modificare a intervenit sub ministeriatul lui Alexandru Marghiloman, când prin Legea din 20 iunie 1895 a fost introdusă instituția judecătorului-sindic, prevăzându-se că acesta trebuie să fie magistrat, până atunci administrarea falimentului fiind încredințată unui mandatar al creditorilor care, de regulă, era un avocat.

^[3] În acest sens, art. 7 C. com. prevedea că „sunt comercianți aceia cari fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesie obișnuită, și societățile comerciale”; simpla înscriere a unei firme comerciale nu atribuie în mod necesar și calitatea de comerciant aceluia care a cerut această înscriere – Cas. I, dec. 1532 din 5 noiembrie 1935, în R.D.C. nr. 2/1991, p. 76; nu împrejurarea că cineva are firmă înscrisă îi dă calitatea de comerciant, ci această calitate o are acela care în mod obișnuit face acte de comerț, astfel cum se arată prin art. 7 C. com.; a se ști dacă cineva face în mod obișnuit acte de comerț este o chestiune de fapt, care poate fi dovedită cu martori; decizând contrariul, Curtea de apel a violat art. 7 și a comis exces de putere – Cas. III, dec. 4034 din 20 decembrie 1943, *Idem*, op. cit., p. 76.

neputința patrimonială de plată a datoriilor^[1]; 3) datoriile pentru care comerciantul este în stare de încetare de plăți trebuie să fie comerciale^[2].

În concepția tradițională a legiuitorului comercial român calitatea debitorului – persoană fizică sau persoană juridică – de a fi *comerciant* a constituit o condiție esențială pentru declararea falimentului. Cuprinsul articolului citat reflectă una dintre trăsăturile specifice ale procedurii colective – profesionalitatea, numai debitorii comercianți putând fi supuși acesteia, în timp ce debitorii civili și cei care nu exercitau cu titlu profesional activități comerciale rămăneau a fi urmăriți silit potrivit dreptului comun.

De regulă, operațiile comerciale se realizează de către comercianți^[3].

Atât în doctrina clasică, cât și în cea contemporană se admite că o persoană fizică dobândește calitatea de comerciant numai prin exercitarea cu titlu profesional a unei activități comerciale^[4], adică prin efectuarea unor acte și fapte de comerț obiective de natura celor înscrise în art. 3 din Codul comercial^[5], știut fiind că legiuitorul român, ca și cel italian după care s-a inspirat, consacră, prin Codul comercial (în prezent abrogat) *sistemul obiectiv* al dreptului comercial. El stabilea care sunt actele juridice și operațiunile considerate fapte de comerț și le supunea legilor comerciale, indiferent de calitatea persoanei care le săvârșește (comerciant sau necomerciant). În această concepție, prin stabilirea faptelor de comerț se ajungea la determinarea calității de comerciant și, implicit, la determinarea domeniului dreptului comercial. Într-adevăr, potrivit codului, era comerciant și, în consecință, supusă legilor comerciale, orice persoană care săvârșește una dintre faptele de comerț prevăzute de art. 3 din fostul Cod comercial. Odată dobândită

[1] Ea nu era totuși cu insolvabilitatea, care arată că pasivul cuiva a depășit activul; încetarea de plăți sau insolvența se poate produce chiar dacă comerciantul are un activ mai mare decât pasivul; în acest sens, în practică s-a decis că starea de încetare a plăților constatată de tribunal și care constituie baza legală a sentinței declaratorii de faliment nu poate fi combătută și înlăturată, în instanța de apel, decât prin dovada contrarie din partea celui interesat, că o atare stare de încetare a plăților n-a avut ființă sau, cel puțin, că a luat sfârșit până în momentul introducerii apelului, prin plata sau preschimbarea creanțelor și, deci, procedura de lichidare nu mai este necesară; prin urmare, faptul că prin executarea silită au fost satisfăcute toate creanțele, nu poate constitui o dovadă că starea de încetare de plăți este inexistentă – Cas. III, dec. 1523 din 1929, în *E. Jorjescu, Gh. Jigăru, Practică judiciară în materie comercială. Jurisprudența comercială a Înaltei Curți de Casație, Curților de Apel și Tribunalului 1916-1947*, vol. 1, Ed. Lumina, București, 1991, p. 187.

[2] Prezentarea subiectului procedura falimentului în concepția Codului comercial preluată din *E. Antonescu, Falimentul*, cu adnotări (...); *E. Antonescu, Falimentul. Lichidarea activului și pasivului, închiderea procedurii falimentare*, cu adnotări din doctrină, jurisprudență română și străină, lucrări pregătitoare, dezbateri parlamentare etc., vol. VIII al Codului comercial adnotat, Atelierele Grafice „Voivodul Mihai”, București, 1931; *I. Turcu, Reorganizarea și lichidarea judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 21 și urm.; *I. Turcu, Tratat teoretic și practic de drept comercial*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 677 și urm.; *I. Turcu, Procedura falimentului* (...), p. 26 și urm.; *M.N. Costin, A. Miff*, op. cit., p. 41 și urm.; *M. Rusu, Procedura falimentului*, Ed. Secolului XXI, București, 1992.

[3] Cu toate acestea, în unele situații și necomercianții pot lua parte la acte sau fapte de comerț. Pentru a asigura egalitatea de tratament a părților și reglementarea unitară a raporturilor juridice care se nasc în sfera comercială legiuitorul a arătat, în cuprinsul art. 56 C. com., că „dacă un act este comercial numai pentru una din părți, toți contractanții sunt supuși încât privește acest act, legii comerciale, afară de dispozițiunile privitoare la persoana chiar a comercianților și de cazurile în care legea ar dispune altfel”. Aceasta nu înseamnă, însă, că un necomerciant putea să devină subiect pasiv al procedurii falimentului numai pentru simplul motiv că actul la încheierea căruia a participat era supus legii comerciale, respectiva persoană nedobândind în acest fel calitatea de comerciant.

[4] Fosta Curte de Casație a statuat că o condiție esențială a calității de comerciant este exercitarea actelor de comerț în mod profesional – Cas. III, dec. 1432 din 26 mai 1939, în R.D.C. nr. 2/1991, p. 75.

[5] Art. 3 C. com., în prezent abrogat, enumera faptele de comerț.

calitatea de comerciant, toate actele juridice și operațiunile comerciantului erau considerate, în temeiul art. 4, fapte de comerț și, deci, supuse legilor comerciale^[1].

În schimb, în sistemul subiectiv dreptul comercial este un drept profesional, rezervat persoanelor care au calitatea de comerciant. În acest sistem comerciantul este definit prin activitatea comercială pe care o exercită sau prin înscrierea lui într-un registru profesional ori prin organizarea întreprinderii sale. Cât privește actul de comerț, acesta este definit într-o manieră subsidiară, ca fiind actul pe care îl săvârșește o persoană care are calitatea de comerciant^[2].

25. Pentru a delimita comercianții de auxiliarii folosiți în activitatea comercială, pe lângă condițiile arătate, se mai cere ca faptele respective să fie săvârșite în nume propriu (*in nomine proprio*)^[3], distincția fiind necesară pentru că și *auxiliarii de comerț* (mandatarii, procuriștii și prepușii comerciantului) efectuează fapte de comerț, în mod obișnuit, în exercitarea profesiei lor, însă nu în nume propriu, ci în numele și pe seama comerciantului, fiind reprezentanți ai acestuia.

Spre deosebire de situația persoanelor fizice, societățile comerciale constituite cu respectarea cerințelor legii^[4] dobândesc calitatea de comerciant *ope legis*, fără să mai fie necesară exercitarea de fapte de comerț. Această calificare, atribuită de legiuitor prin art. 7 C. com., se explică prin aceea că societățile comerciale se constituie tocmai în scopul de a desfășura o activitate comercială, ele dobândind personalitate juridică la data înmatriculării în registrul comerțului^[5].

^[1] Art. 4 C. com. statua că „se socotesc, afară de acestea (afară de cele enumerate la art. 3 – s.n.), ca fapte de comerț, celelalte contracte și obligațiuni ale unui comerciant, dacă nu sunt de natură civilă sau dacă contrariul nu rezultă din însuși actul”.

^[2] Pentru o analiză detaliată a deosebirilor dintre cele două concepții, a se vedea R. Rodiere, R. Houin, *Droit commercial*, vol. I, Dalloz, Paris, 1970, p. 27-28.

^[3] I.N. Fintescu, *Curs de drept comercial*, vol. I, Ed. Al. Th. Doicescu, București, 1929, p. 76; M. Pașcanu, op. cit., p. 56; St.D. Cărpănu, *Drept comercial român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 72-73; în acest sens, în practica mai veche s-a arătat că deși art. 7 C. com. nu menționează printre condițiile cerute pentru a se conferi unei persoane calitatea de comerciant și pe aceea ca actul de comerț să fie făcut în nume personal, totuși pentru ca cineva să îmbrace această calitate se cere ca o condiție esențială și aceea ca el să fie exercitat *proprio nomine*, iar nu pentru și în numele altuia, de unde urmează că nu pot fi socotiți comercianți prepușii, comișii pentru negoț, directorii sau administratorii societăților anonime, mandatarii etc., care, făcând acte de comerț pentru alții și în numele altora, nu pot fi declarați comercianți – Trib. Muscel, sent. com. 19 din 2 septembrie 1934, în R.D.C. nr. 2/1991, p. 77.

^[4] În perioada de aplicare a Codului comercial societățile comerciale se constituiau în condițiile Titlului VIII – Despre societăți și despre asociațiuni comerciale – art. 77-220; actualmente, ele se înființează în formele și în condițiile reglementate de Legea nr. 31/1990 privind societățile (M. Of. nr. 126 din 17 noiembrie 1990), republicată în M. Of. nr. 33 din 29 ianuarie 1998, iar, ulterior în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, modificată, ulterior, prin Legea nr. 302/2005 (M. Of. nr. 952 din 27 octombrie 2005), Legea nr. 85/2006 (M. Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006), Legea nr. 164/2006 (M. Of. nr. 430 din 18 mai 2006), Legea nr. 441/2006 (M. Of. nr. 955 din 28 noiembrie 2006), O.U.G. nr. 82/2007 (M. Of. nr. 446 din 29 iunie 2007), O.U.G. nr. 52/2008 (M. Of. nr. 333 din 30 aprilie 2008), Legea nr. 88/2009 (M. Of. nr. 246 din 14 aprilie 2009), O.U.G. nr. 43/2010 (M. Of. nr. 316 din 13 mai 2010), O.U.G. nr. 54/2010 (M. Of. nr. 421 din 23 iunie 2010), O.U.G. nr. 90/2010 (M. Of. nr. 674 din 4 octombrie 2010), Legea nr. 202/(M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010), O.U.G. nr. 37/2011 (M. Of. nr. 285 din 22 aprilie 2011), Legea nr. 71/2011 (M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011), O.U.G. nr. 2/2012 (M. Of. nr. 143 din 2 martie 2012), Legea nr. 76/2012 (M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012), O.U.G. nr. 47/2012 (M. Of. nr. 635 din 6 septembrie 2012), Legea nr. 187/2012 (M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012) și Legea nr. 255/2013 (M. Of. nr. 515 din 14 august 2013).

^[5] În acest sens, jurisprudența veche a reținut că în conformitate cu art. 7 C. com. au calitatea de comerciant atât persoanele fizice care fac fapte de comerț ca o profesiune obișnuită, cât și societățile comerciale; din termenii textului rezultă că, dacă pentru persoanele fizice calitatea de comerciant este legată de exercițiul comerțului cu titlu de profesiune, o atare condițiune nu mai este necesară pentru societățile înființate pentru

În legătură cu ultima condiție, în literatura juridică s-a arătat că natura comercială a obligației pe care comerciantul este incapabil să o plătească era doar o condiție pentru declanșarea procedurii falimentului, alin. (1) art. 704 C. com. prevăzând că „orice creditor, a cărui creanță are o cauză comercială, poate să ceară tribunalului competente declarația în faliment a debitorului său comerciant, probând încetarea plăților”^[1]. După pronunțarea sentinței declarative de faliment puteau fi prezentate la masa credală și creanțe necomerciale pentru că această procedură se putea sfârși prin lichidarea întregului activ patrimonial al debitorului comerciant, scopul legii nefiind acela de a sacrifica creanțele civile în favoarea celor comerciale^[2], neputându-se accepta discriminarea titurilor de creanțe necomerciale.

Pentru a putea pronunța sentința declarativă de faliment, tribunalul comercial trebuia să constate că cel chemat în judecată este comerciant, că acesta este în încetare de plăți, că datoriile sale au o cauză comercială și, eventual, că excepțiile refuzului de plată nu sunt de bună-credință. În sistemul Codului comercial român, prin încetare de plăți, se înțelegea faptul material și extern al unui comerciant de a nu fi plătit datoriile comerciale, exigibile și de o oarecare importanță față de comerțul său, precum și faptul echivalent – de asemenea extern și ostensibil – de a-și fi continuat plățile cu mijloace ruinătoare^[3].

Potrivit dispozițiilor alin. (1) al art. 707, comerciantul care s-a retras din comerț va putea fi declarat în faliment, însă numai în decursul a 5 ani de la acest eveniment și numai când încetarea plăților a avut loc în timpul exercițiului comerțului, sau chiar în anul următor, pentru datorii decurgând din același exercițiu^[4]. Această normă trebuie interpretată în mod strict, și cum ea nu face nicio distincție între cazul când declararea în stare de faliment s-a declanșat din oficiu de instanțele judecătorești și între cazul când inițiativa declarării falimentului a pornit de la creditori, nu se poate veni sub cuvânt de interpretare să se facă distincție stabilind că termenul de 5 ani pentru darea hotărârii de faliment se referă numai acțiunilor pornite din oficiu, celor introduse de creditori cerându-li-se numai ca să fie introduse în acest interval de timp, indiferent de data când s-a dat hotărârea, căci în acest mod, sub cuvânt de interpretare a legii, se adaugă la ea, ceea ce nu este îngăduit^[5].

Procedura falimentului reprezenta o procedură de executare silită având caracter unitar, colectiv, concursual și egalitar, care viza toate bunurile comerciantului debitor și a cărui menire era să dea satisfacție intereselor legale ale creditorilor^[6].

a face acte de comerț, cari dobândesc de drept calitatea de comerciant din chiar momentul constituirii lor cu formele legale ale societăților comerciale și o păstrează chiar fără exercitarea operațiunilor ce și-au propus să facă – C.A. București I, dec. nr. 30 din 9 aprilie 1941, în *G.T. Ionescu, I. Vasilescu Nottara*, Codul comercial adnotat, Ed. Ancora S. Benvenisti & Co., București, 1927, p. 66.

[1] *I. Turcu*, *Tratat de insolvență (...)*, p. 3.

[2] *Idem*, p. 678.

[3] C.A. București I, dec. nr. 124 din 21 iunie 1933, în R.D.C. nr. 6/1993, p. 147.

[4] Pentru dezvoltări, a se vedea *R.C. Boroș*, *Despre limitarea în timp, conform art. 707 C. com., a declarării în stare de faliment și aplicabilitatea ei societăților comerciale*, în R.D.C.S.E. nr. 1-2/1941, p. 26-47.

[5] Trib. Vâlcea II, 5 martie 1938, în R.D.C. nr. 3/1992, p. 73.

[6] Fosta Curte de Casație a arătat că instituția falimentului este o procedură de executare și lichidare a patrimoniului comerciantului, care s-ar găsi în încetare de plăți; dacă crearea acestei instituții a fost determinată de nevoia de a înlesni o satisfacere proporțională a creanțelor creditorilor falitului, cari vin în concurs, nicio considerațiune de ordin principal sau legal nu se opune ca o atare instituțiune să fie pusă la îndemâna unui singur creditor – Cas. III, 1 iunie 1942, în R.D.C. nr. 6/1993, p. 147.

Caracterul unitar și colectiv al procedurii era dat de faptul că ea se aplica pentru toate creanțele care grevau patrimoniul comerciantului falit, reprezentând o apărare comună a intereselor și drepturilor tuturor creditorilor acestuia, în timp ce caracterul concursual și egalitar sublinia faptul că stingerea creanțelor avea loc în aceeași măsură, în proporție directă cu ponderea pe care fiecare dintre acestea o deținea în totalul masei pasive, conform unei ordini prestabilite (art. 819 și urm. C. com.)^[1].

Specificul procedurii falimentului decurge din aplicarea a două principii fundamentale ale obligațiilor comerciale, respectiv că activitatea comercială se bazează pe credit și că obligațiile comerciale se execută la scadență^[2]. Cu alte cuvinte, relațiile comerciale se stabilesc pe baza prezumției că fiecare comerciant este capabil să-și plătească la scadență obligațiile asumate, intrarea în incapacitate de plată a unuia dintre aceștia fiind considerată un incident major care poate să aducă grave perturbări în societate, ceea ce justifică intervenția statului. Pe de altă parte, sumele datorate în temeiul unei obligații comerciale trebuie plătite la momentul când acestea devin exigibile, regulă care se degajă din întreaga reglementare a Codului comercial^[3].

În principiu, neplata la scadență a unei singure creanțe comerciale putea justifica admiterea cererii de declarare a falimentului, instanța de judecată fiind suverană în a aprecia dacă neplata unei singure datorii dovedește sau nu starea de încetare a plăților comerciantului respectiv sau este doar o jenă financiară momentană a acestuia, aprecierea faptelor și circumstanțelor constitutive ale stării de insolvență fiind la lumina și înțelepciunea judecătorilor^[4].

^[1] În schimb, în procedura de urmărire silită individuală, fiecare creditor acționează independent împotriva debitorului și doar în mod excepțional doi sau mai mulți creditori urmăritori intră în concurs în executarea silită simultană a unui bun din patrimoniul debitorului lor. De aceea, un creditor mai diligent ori unul care a demarat procedura de urmărire civilă mai devreme sau pur și simplu mai norocos poate ajunge să-și realizeze dreptul înaintea altor creditori „ghinioniști” și să golească de orice conținut economic patrimoniul datornicului în dauna intereselor celorlalți creditori chirografari. În dreptul comercial acest lucru nu poate fi acceptat, motiv pentru care a fost creată procedura falimentului, ca formă de executare colectivă a comerciantului falit, scopul urmărit fiind acela de a asigura o reparație egalitară și echitabilă a prejudiciului suferit de creditori prin ajungerea debitorului lor în stare de insolvență, literatura juridică arătând că „reglementarea falimentului este și ea o formă de protest față de dreptul comun al urmăririi individuale cu inconvenientele binecunoscute”, în I.L. Georgescu, *Sinteza critica de lege ferenda a actelor de comerț. Autonomia dreptului comercial*, București, 1929, p. 7.

^[2] I. Turcu, *Procedura falimentului (...)*, p. 27; I. Turcu, *Tratat teoretic și practic (...)*, p. 678; în același sens, Gh. Piperea, *Falimentul în dreptul internațional privat*, op. cit., p. 73.

^[3] Spre exemplu, art. 43 C. com., în spirit derogator de la dreptul civil, arată că „datoriile comerciale lichide și plătibile în bani produc dobândă de drept din ziua când devin exigibile”, iar art. 44 statua că „în obligațiunile comerciale judecătorul nu poate acorda termenul de grație permis de art. 1021 C. civ.”; a se vedea, pentru detalii, C.B. Nász, *Formarea contractelor comerciale*, Raport de cercetare științifică susținut în cadrul Școlii doctorale în cursul anului 2008, nepublicat.

^[4] Pentru dezvoltări, a se vedea C. Bălescu, art. cit., p. 151-152 și D. Micescu, *Aspectul contemporan al noțiunii de încetare de plăți și noile orientări în concepția generală a dreptului*, în R.D.C.S.E. nr. 1/1934, p. 110; în acest sens, jurisprudența a statuat că un comerciant poate fi declarat în stare de faliment și pentru neplata unei singure datorii comerciale, deoarece și comerciantul cu o singură datorie poate să fie în încetare de plăți – Cas. III, dec. nr. 876 din 14 martie 1935, în Codul comercial adnotat (...), p. 429; pentru a se ajunge la declararea în stare de faliment este suficient să fie un singur creditor neplătit; încetarea de plăți poate să rezulte și dintr-o singură creanță neplătită, rămânându-i instanței să aprecieze dacă neplata acestei singure creanțe vădește încetarea de plăți sau ea nu este decât o jenă momentană a comerciantului; iarăși nu s-ar putea spune că dacă este un singur creditor nu se poate constitui masa credală, fiindcă cu ocazia verificării creanțelor se pot prezenta și alți creditori – Trib. Ilfov I com., jurnal 11.024 din 3 iunie 1935, *idem*, p. 429; instituția falimentului este o procedură de executare și lichidare a patrimoniului comerciantului care ar fi în încetare de plăți; nicio considerație de ordin principial sau legal nu se opune ca o atare instituțiune să fie pusă la dispoziția unui creditor – Cas. III, dec. 442 din 12 martie 1937, în R.D.C. nr. 6/1993, p. 147; falimentul poate fi declarat și

26. Organele care participau la procedura falimentului erau: a) judecătorul-sindic, magistrat cu atribuții jurisdicționale și de administrare, el fiind practic cel care urmărea și coordona întreaga procedură; b) adunarea creditorilor, ale cărei atribuții se manifestau numai în legătură cu aprobarea continuării comerțului debitorului, a moratoriului sau a concordatului; c) tribunalul, care intervenea numai din punct de vedere jurisdicțional pentru a soluționa ori autoriza anumite cereri.

Falimentul era inițiat fie după declarația comerciantului falit, fie după cererea creditorului sau a creditorilor săi, fie chiar din oficiu, competența de judecată aparținând tribunalului în circumscripția căruia se afla domiciliul sau sediul comerciantului^[1]. În acest sens, art. 701 C. com. prevedea că „falimentul se declară prin hotărâre judecătorească, pronunțată după declarațiunea falitului, sau după cererea unui, ori mai multor creditori, sau din oficiu”. Potrivit art. 703 C. com. „falitul va fi dator ca, în cele trei zile de la încetarea plăților, în care se cuprinde și ziua încetării lor, să facă declarațiunea tribunalului de comerț arătată în articolul precedent (art. 702 – s.n.). Declarațiunea trebuie să fie însoțită de depunerea bilanțului datat, semnat și certificat de falit că este adevărat și de registrele sale de comerț în starea în care se află. Bilanțul trebuie să cuprindă indicațiunea și estimațiunea aproximativă a tuturor bunurilor mobile și imobile ale falitului, starea datoriiilor și a creanțelor cu numele și prenumele și domiciliul fiecărui creditor și, pe cât se va putea, cauza fiecărei datorii, tabloul profitelor și pierderilor, precum și acel al cheltuielilor personale falitului și familiei sale, din tot timpul exercițiului comerțului său pe cât se va putea”, pentru ca în conformitate cu art. 704 C. com. „orice creditor, a cărui creanță are o cauză comercială, poate să ceară tribunalului competente declarația în faliment a debitorului său comerciant, probând încetarea plăților. Nu sunt admiși a cere declarațiunea în faliment descendenții, ascendenții și soțul debitorului”. Nu în ultimul rând, art. 705 C. com. statua că „dacă încetarea plăților unui comerciant este notorie, sau dacă ea rezultă din alte fapte neîndoioase, tribunalul va declara falimentul din oficiu; însă va putea, de va crede necesar, să asculte mai întâi pe falit”^[2].

la cererea unui singur creditor – Trib. Neapole, 5 iunie 1940, *idem*, p. 147; pentru a fi locul la declararea falimentului, starea de încetare de plăți trebuie să fie efectivă, reală și manifestată prin semne exterioare și pozitive, dovedind imposibilitatea continuării comerțului și neputința patrimoniului comerciantului de a face față datoriiilor; refuzul nejustificat de a plăti o creanță importantă ajunsă la scadență, relevă imposibilitatea efectivă permanentă și reală de plată; faptul că nu se face dovada existenței de cambii protestate sau a altor creditori neachitați nu constituie o piedică la declararea în faliment, existența creditorilor neonorati apărând de abia cu prilejul deschiderii procedurii concursuale; recurgerea creditorilor la procedura falimentului nu este condiționată de prealabila încercare a îndestulării creanțelor pe calea dreptului comun – C.A. București, s. a III-a, dec. nr. 6 bis din 30 ianuarie 1940, în R.D.C.S.E. nr. 3/1940, p. 208-212.

^[1] În practica judiciară antebelică s-a arătat că declararea falimentului se pronunță de tribunalul de comerț în jurisdicțiunea căruia debitorul își are principalul său stabiliment comercial și acest tribunal este investit cu întreaga procedură a falimentului și cu judecarea tuturor acțiunilor derivând dintr-însul, atât comerciale, cât și penale; astfel, când un comerciant își strămută domiciliul și comerțul său dintr-un oraș în altul, cerând chiar de la tribunalul locului de unde s-a mutat ștergerea firmei sale și în urmă este declarat în stare de faliment, tribunalul locului unde își exercită comerțul său, când a fost declarat în stare de faliment, este competent a conduce procedura falimentului și a judeca toate acțiunile derivate din acest faliment – Cas. II, dec. nr. 51 din 11 februarie 1890, în R.D.C. nr. 3/1992, p. 72; mutarea domiciliului comerciantului atrage după sine competența tribunalului în jurisdicția căruia se găsește noul domiciliu – Cas. II, dec. nr. 51 din 11 februarie 1898, *idem*, p. 72.

^[2] Tribunalul este în drept a declara din oficiu pe un comerciant în stare de faliment, însă pentru aceasta trebuie ca încetarea plăților să fie notorie, adică să fie cunoscută de mai mulți sau să rezulte din fapte neîndoioase; această măsură de o extremă gravitate, care poate atrage după sine ruina comerciantului, trebuie luată pentru fapte neîndoioase, nu pentru o jenă momentană și trecătoare a comerciantului – C.A. București I, dec. 43 din 12 august 1896, în R.D.C. nr. 3/1992, p. 72.

Creditorul, care în majoritatea cazurilor reclama încetarea plăților, putea fi obligat la plata unei cauțiuni [art. 697 alin. (2) C. com.].

„Tribunalul va putea, dacă crede de cuviință, mai înainte de orice dispoziții ar lua asupra punerii sale în stare de faliment, să numească unul sau mai mulți creditori care, în continuarea comerțului, să verifice registrele și să supravegheze regularitatea operațiilor comerciantului” [art. 69 alin. (5) C. com.]. Din cuprinsul acestei prevederi legale, care stabilește măsuri preventive pentru a garanta pe creditori contra debitorilor de rea-credință, rezultă că tribunalul nu este obligat a ordona prezentarea comerciantului în camera de consiliu și depunerea registrelor, ci poate aprecia în mod suveran dacă este sau nu cazul să facă aplicarea dispozițiilor art. 697 C. com., scopul urmărit de această normă fiind acela de a paraliza fraudă, prin care unii comercianți de rea-credință înstrăinează activul lor în detrimentul creditorilor^[1].

Dacă, în urma convocării debitorului și examinării registrelor sale, se constata că acesta era în stare de încetare a plăților, instanța pronunța hotărârea declarativă de faliment^[2], care avea caracter constitutiv de drepturi pentru că transforma starea de fapt (insolvența) într-o stare de drept (faliment)^[3].

^[1] C.S.J., s. com., dec. nr. 635 din 13 decembrie 1994, în R.D.C. nr. 2/1995, p. 162-163; C.S.J. a statuat că procedura prevăzută de acest text de lege prin care se institua un control preventiv al încetării plăților nu este o procedură prealabilă obligatorie ce ar condiționa introducerea unei cereri de declarare a falimentului. Potrivit alin. (1) al articolului menționat, tribunalul, încunoștințat din partea unuia sau a mai multor creditori despre situația dificilă în care se află un comerciant referitor la comerțul său și care înstrăinează în condiții dezavantajoase avutul său, va putea ordona prezentarea acestuia în camera de consiliu și depunerea, totodată, a registrelor, a bilanțului comercial și a unei liste nominative cu toți creditorii săi, indicându-se valoarea creanțelor și scadența lor. În conformitate cu alin. (5), în cazul în care arătările creditorilor se găsesc întemeiate sau când comerciantul nu se înfățișează fără un motiv just, fără însă ca prin aceasta să se împiedice cererea de declarare în stare de faliment a respectivilor comercianți, să numească, după importanța comerțului, pe unul sau mai mulți dintre creditori care, în continuarea ulterioară a comerțului, să verifice registrele și să supravegheze regularitatea operațiunilor comerciantului. Este evident, deci, că măsura gravă prevăzută de acest articol, condiționată de îndeplinirea cumulativă și prealabilă a celor două cerințe cuprinse de text, și anume – starea dificilă a comerciantului și înstrăinarea dezavantajoasă a activului său, nu poate să împiedice cererea de declarare a stării de faliment din partea creditorilor. Ca atare, greșit instanțele au considerat că dispozițiile art. 697 instituie o procedură specială prealabilă care ar constitui un fine de neprimire, pentru a formula o cerere de declarare a stării de faliment.

^[2] Cuprinsul hotărârii tribunalului de declarare a falimentului era dat de art. 708 C. com., care dispunea următoarele: „prin sentința declarativă de faliment, tribunalul trebuie: 1. să arate numele judecătorului-sindic chemat a administra falimentul; 2. să ordone punerea sigiliilor; 3. să stabilească un termen, nu mai mare de 15 zile, în care creditorii trebuie să prezinte la grefa tribunalului declarațiunea creanțelor lor; 4. să determine ziua și ora în care se va proceda la reședința tribunalului, la verificarea creanțelor. Acest termen nu poate fi mai depărtat decât cel mult cu 10 zile de la expirarea termenului prevăzut în alineatul precedent. Sentința trebuie să cuprindă încă ordinul către falit de a înfățișa până în trei zile, bilanțul în forma stabilită prin art. 703 și registrele sale de comerț dacă nu sunt deja depuse. Această sentință, supusă opozițiunii și apelului este executorie provizoriu”.

^[3] Hotărârea declarativă de faliment are caracter constitutiv de drepturi pentru că prin ea se creează o situație nouă pentru comerciantul falit, efectul ei fiind *erga omnes*; în jurisprudență s-a arătat că sentința declarativă de faliment nu are caracterul pe care-l au celelalte sentințe de drept comun, care au efect retroactiv din momentul cererii, constatând situațiunea din acel moment, ci este o sentință care atribuie falitului și creditorilor o condiție juridică deosebită de aceea care au avut-o până în momentul pronunțării – a se vedea C.A. București III, 1 decembrie 1911, în Codul comercial adnotat (...), p. 448.

Hotărârea declarativă de faliment producea următoarele efecte^[1] patrimoniale și nepatrimoniale^[2]:

– desesizarea falitului de bunurile sale care treceau în posesiunea judecătorului-sindic, în calitate de depozitar judiciar (art. 717 și art. 752 C. com.); orice act ulterior afișării sentinței era inopozabil masei credale (art. 724 C. com.); prin declararea stării de faliment, falitul, desesizat de administrarea patrimoniului său, este pus în situația de a nu mai putea înrâuri în niciun fel asupra bunurilor sale în mod opozabil masei credale, cu scopul de a nu putea fi sustrate aceste bunuri din gajul comun al creditorilor; din aceasta rezultă că ineficacitatea actelor prejudiciabile masei credale încheiate de falit nu operează decât în mod relativ, în profitul masei credale; ca atare, acțiunea pentru anularea acestor acte juridice nu poate fi introdusă de falit, deoarece, întrucât îl privește, actele juridice încheiate chiar după declararea falimentului sunt perfect valabile, nulitatea prevăzută de art. 724 alin. (1) C. com. nefiind decât o revocare față de masa credală a actelor desesizatului, ca o consecință imediată a desesizării și a indisponibilității reale de care este lovit patrimoniul falitului^[3]; prin efectul desesizării falitului de bunurile sale, masa credală capătă un drept de gaj general asupra lor și, ca atare, în materie de faliment, sindicul, care reprezintă acea masă, este un terțiu îndreptățit a se opune pretențiunilor îndreptate contra bunurilor falitului^[4];

– exercițiul acțiunilor în justiție privind drepturile patrimoniale ale comerciantului revenea judecătorului-sindic (art. 717 C. com.); potrivit dispozițiilor acestui text, sentința declarativă de faliment, din ziua pronunțării ei, ridică de drept falitului administrarea bunurilor sale, iar tot din acea zi, acțiunile și orice căi de atac, în contra hotărârilor care aparțineau falitului, nu mai puteau fi exercitate decât numai de către judecătorul-sindic, excepție făcându-se numai pentru acele acțiuni care erau străine falimentului sau care priveau drepturile exclusiv personale ale falitului și pe care acesta le putea exercita singur; din art. 717 și art. 729 C. com. mai rezulta că de la declararea în stare de faliment nicio acțiune și nicio cale de atac sau act de executare privitoare la bunurile mobile sau imobile ale falitului nu mai puteau fi intentate sau îndreptate împotriva persoanei falitului, ci numai de către și în contra judecătorului-sindic; principiile de mai sus se aplicau în tot timpul cât falimentul se găsea în stare de lichidare și, pentru aceeași rațiune, chiar și în cazul când comerciantul, fiind declarat falit după moartea sa ori, încetând din viață, după declararea sa în stare de faliment, era reprezentat în drepturile și obligațiile sale de către succesorii săi, în calitate de continuatori ai persoanei sale^[5]; judecătorul-sindic reprezenta în justiție toate interesele comune ale creditorilor care formau masa credală referitoare la gestiunea și lichidarea masei activului, astfel că numai acesta putea porni

[1] Printre efectele nepatrimoniale ale hotărârii declarative de faliment putem aminti: 1) arestarea falitului (art. 713 C. com.), limitarea libertății sale de mișcare, dacă falitul era o persoană fizică (art. 716 C. com.), publicitatea falimentului prin afișarea sentinței la ușa tribunalului (art. 710 C. com.), în sala Burselor de Comerț, la Camerele de Comerț și Industrie, în Registrul Comerțului și în alte locuri „obișnuite”, precum și în presă (art. 943 C. com.).

[2] Pentru dezvoltări, a se vedea A.J. Leontin, *Compendiu de drept comercial*, cuprinzând un rezumat teoretic și practic al normelor de drept comercial, cambial și de faliment în vigoare în Transilvania, comparate cu dispozițiunile Codului de comerț al Vechiului Regat și întregite cu dispozițiunile cuprinse în Legile de unificare, Tipografia Fondului Cărților Funduare, Cluj, 1925, p. 403-409.

[3] Cas. III, 26 septembrie 1939, în R.D.C. nr. 4/1992, p. 86; în același sens, Cas. I, dec. 672 din 18 iunie 1946, în R.D.C. nr. 1/1993, p. 95-96.

[4] Trib. Ilfov I com., 26 martie 1927, *idem*, p. 84.

[5] Cas. II, dec. 1078 din 2 octombrie 1935, în R.D.C. nr. 1/1993, p. 94-95.

acțiune și susține o cale de atac pentru și în numele creditorilor, dacă aceștia nu aveau un interes potrivit sindicului^[1];

– suspendarea urmărilor individuale ale creditorilor prin execuția silită colectivă^[2] spre a grăbi lichidarea și a economisi cheltuielile; legiuitorul comercial, prin art. 810 C. com., a autorizat pe sindic, să vândă imobilele falitului pe o cale mai lesnicioasă și mai simplă, permițându-i de a uza de aceleași cai pe care legea le punea la dispozițiunea minorilor spre a ieși din indiviziune, vânzarea având caracterul unei vânzări voluntare, de care se deosebea numai prin aceea că prețul, în loc să se fixeze de comun acord între vânzător și cumpărător, se determina prin licitațiune sub privegherea justiției și care nu era supusă contestațiunilor, recursurilor ordinare sau extraordinare, ci numai acelor formalități indicate în art. 689 CPC (din 1865 – s.n.)^[3];

– pierderea beneficiului termenului și exigibilitatea tuturor datoriilor falitului (art. 719 C. com.); starea de faliment avea principal efectul de a face inadmisibilă o compensațiune a unei creanțe pasive cu una activă, dar numai pentru cazul când exigibilitatea creanței pasive este opera stării de faliment;^[4] după declarațiunea falimentului, în situațiunea patrimonială a falitului nu mai putea interveni nicio modificare din cauza indisponibilităților bunurilor acestuia rezultată din desesizare; compensațiunea, fiind un mod de plată a datoriilor în condițiuni determinate de lege care ar aduce o modificare în patrimoniul falitului, nu putea fi operantă după declarațiunea falimentului deoarece ar avea drept rezultat achitarea unor creditori ai falitului într-o măsură ce ar putea depăși cota falimentară și ar nesocoti astfel principiile privitoare la modul de repartițiune a activului falimentar prevăzut de art. 819^[5];

– fixarea creanțelor în mâinile ultimului purtător din țară, anterior sentinței declarative (art. 719 C. com.);

– suspendarea, numai față de masa credală, a curgerii dobânzilor pentru creanțele negarantate prin ipotecă, gaj sau alt privilegiu, în sensul că dobânzile posteroare datei sentinței declarative de faliment nu se plăteau în instanța de faliment și nici cu banii rezultați din această procedură (art. 718 C. com.)^[6];

– interdicția înscrierii de privilegii și ipoteci asupra imobilelor falitului (art. 726 C. com.); după textul de lege menționat, se presupuneau făcute în fraudă creditorilor și în lipsă de probă contrarie se anulau față cu masa creditorilor gajurile, anticrezele și ipotecile constituite în urma datei încetării plăților; din acest articol rezultă că o ipotecă constituită de falit după încetarea plăților este presupusă făcută în fraudă creditorilor și, ca atare, nulă, afară numai dacă creditorul nu proba buna-credință a sa; buna-credință a

^[1] Cas. III, dec. 278 din 19 iunie 1942, în R.D.C. nr. 4/1992, p. 85-86.

^[2] Cas. I, dec. 1345 din 12 decembrie 1934, în R.D.C. nr. 2/1993, p. 111; de la data sentinței declarative de faliment, numai sindicul putea să provoace vânzarea imobilelor falitului după formele stabilite pentru vânzarea bunurilor minorilor, vânzarea având drept scop îndestularea creditorilor falitului; ea nu avea caracterul, nici în privința formelor, nici în privința efectelor ei, unei vânzări silite, ci a unei vânzări voluntare făcute sub controlul justiției, aceasta rezultând și din dispozițiile art. 810 din Codul comercial, prin care se înlătura exproprierea silită a acelor imobile din partea creditorilor și se admitea numai vânzarea lor de către sindic, cu formele prevăzute pentru vânzarea bunurilor minorilor, ceea ce excludea ideea unei vânzări silite.

^[3] Cas. II, dec. civ. nr. 152 din 10 decembrie 1920, *idem*, p. 112.

^[4] Trib. Ilfov II com., 21 martie 1927, în Codul comercial adnotat (...), p. 468.

^[5] Cas. III, dec. 2061 din 1935, în C. Jorjescu, Gh. Jigăeru, op. cit., p. 191-192.

^[6] Dispozițiunile acestui articol, prin care declarațiunea falimentului suspendă curgerea dobânzilor numai față de masa creditorilor, trebuie înțelese în sensul că dobânzile posteroare sentinței care declară falimentul nu se plătesc în instanța de faliment, nici cu banii masei active – Cas. Palermo, 28 aprilie 1900, în Codul comercial adnotat (...), p. 465.

creditorului, în asemenea caz, consistă în aceea de a nu fi avut cunoștință despre starea de încetare de plăți a debitorului în momentul constituirii ipotecii^[1];

– determinarea perioadei suspecte, ca interval de timp anterior deschiderii procedurii, în care unele acte ale falitului puteau fi anulate pentru fraudă (art. 722 C. com.); prin această normă, tribunalul era obligat să fixeze provizoriu, prin sentința declarativă de faliment sau printr-o alta ulterioară, ziua încetării plăților, dată care, dacă nu era contestată în conformitate cu dispozițiunile art. 723 C. com., rămânea definitiv stabilită; din cuprinsul textelor menționate rezultă că data încetării plăților nu poate fi decât una și singură, de la care începe obligația pentru comerciant de a îndeplini cerințele art. 703 C. com., dată care în timpul procedurii falimentului nu era sigură, legiuitorul permițând, din cauza aceasta, fixarea ei în mod provizoriu, rămânând definitivă după terminarea acestei proceduri dacă nu era contestată^[2]; potrivit art. 722 din același cod, prin sentința declarativă de faliment sau printr-o alta ulterioară, tribunalul, din oficiu sau după cererea oricărui interesat, determina provizoriu ziua încetării plăților; din interpretarea textului reiese că tribunalul, prin sentința declarativă de faliment, putea fixa și data provizorie a încetării plăților; asupra fixării acestei date, fie că tribunalul nu a avut date suficiente spre a fixa data reală a încetării plăților, fie că nu a fixat-o deloc, s-a dat posibilitatea ca printr-o cerere directă să se solicite tribunalului să fixeze data încetării plăților și printr-o sentință ulterioară; asupra fixării datei încetării plăților printr-o sentință ulterioară, tribunalul putea pronunța ulterior, fie din oficiu, fie la cererea unei persoane interesate, o nouă sentință care să fixeze din nou data încetării plăților, care, la rândul său, avea caracterul tot de provizorat, până în momentul când tribunalul se găsea în posesiunea unor elemente destul de precise ca să poată fixa în mod real data încetării plăților; fixarea acestei date putea fi cerută de cei care au interes, creditorii de orice fel, terți ce au contractat cu falitul și, bineînțeles, judecătorul-sindic, și fiecare din ei va acționa cum va crede de cuviință, după interesul ce-l are, fie de a încerca să apropie data încetării plăților cât mai mult de data declarării în stare de faliment, după cum este cazul persoanelor ce au contractat cu falitul, pentru a se salvarda cât mai mult posibil actele încheiate între ele și falit în perioada prefalimentară, fie de a se îndepărta data încetării plăților cât mai mult de data declarării în stare de faliment, interes ce-l au îndeobște creditorii falitului și judecătorul-sindic, spre a anula pe cât mai mult posibil contractele și înstreinările săvârșite de falit anterior declarării sale în stare de faliment și a se putea mări activul falimentar spre a putea fi îndestulați creditorii cât mai mult^[3];

– erau considerate nule față de masa credală, actele și înstrăinările cu titlu gratuit făcute cu șase luni înaintea datei încetării plăților, plata datoriilor înainte de scadență făcute în urma datei încetării plăților fie în bani, fie prin cesiune, vânzare, compensație sau altfel, precum și „toate înstrăinările de bunuri mișcătoare (mobile) făcute de falit în interval de șase luni înainte de epoca încetării plăților către soțul sau rudele sale în linie directă ori colaterală sau aliații până la gradul al patrulea” (art. 724 C. com.); toate actele făcute de falit din ziua pronunțării sentinței declarative de faliment erau nule; însă această nulitate nu a fost creată în favoarea falitului, ci în favoarea creditorilor săi și, deci, numai aceștia o puteau invoca^[4]; donațiunea făcută în vederea căsătoriei este contract cu titlu gratuit și, ca atare, intra în categoria actelor gratuite care erau supuse

[1] C.A. Galați II, dec. 3 din 21 ianuarie 1902, *idem*, p. 485.

[2] Cas. II, dec. 5447 din 16 februarie 1940, în R.D.C. nr. 2/1992, p. 59.

[3] Trib. Ilfov I com., sent. 337 din 4 octombrie 1941, în Codul comercial adnotat (...), p. 472.

[4] Cas. II, dec. 155 din 25 iunie 1896, *idem*, p. 481.

anulării în caz de faliment al donatorului dacă era ulterioară datei încetării plăților, prin anularea acestei donațiuni donatorul trebuind să restituie lucrul primit împreună cu fructele din ziua celebrării căsătoriei^[1];

– toate actele, plățile și înstrăinările făcute în fraudă creditorilor, în orice timp ar fi fost făcute, erau anulate conform art. 975 C. civ. 1864^[2] (art. 725 C. com.);^[3] cumpărătorul de la un comerciant ce încetase plățile, știind că a încetat plățile, era prezumat de rea-credință și acesta trebuia să dovedească cum că a fost de bună-credință^[4];

– până la proba contrarie, se prezuma că erau făcute în fraudă creditorilor următoarele acte, dacă erau „servite” în urma încetării plăților: 1) toate actele, plățile și înstrăinările cu titlu oneros, când cel de-al treilea cunoștea starea de încetare a plăților în care se găsea comerciantul, cu toate că acesta încă nu era declarat falit; 2) actele și contractele comutative în care valorile date sau obligațiunile luate de falit întreceau cu mult ceea ce i-a fost dat sau promis; 3) plățile datoriilor ajunse la scadență și exigibile care nu au fost efectuate în bani sau cu efecte de comerț; 4) gajurile, anticrezele și ipotecile constituite asupra bunurilor debitorului [art. 726 alin. (1) C. com.]; prin acest articol s-a stabilit o prezumție legală de fraudă a actelor făcute de un comerciant după epoca încetării plăților și înainte de a fi declarat în stare de faliment cu deosebirea că, la actele prevăzute la alin. (1), se mai cerea a se avea cunoștință de starea de încetare de plăți a comerciantului, condiție care nu se cerea și la actele de la alin. (4);^[5] potrivit art. 726 alin. (1) pct. 1 C. com. erau prezumate a fi făcute în fraudă creditorilor și, în lipsă de probă contrarie, se anula, față cu masa creditorilor, toate actele cu titlu oneros efectuate în urma datei încetării plăților, când cel de-al treilea cunoștea starea de încetare a plăților în care se găsea comerciantul, cu toate că încă nu era declarat falit; deci, după principiile edictate de textul articolului mai sus citat, în acțiunea revocatorie falimentară, spre deosebire de cea ordinară, sarcina probei era inversată și ușurată de prezumția din art. 722 C. com. – *consilium fraudis* – astfel că, pentru actele din timpul perioadei suspecte era nevoie să se probeze numai natura actului și căderea lui în perioada suspectă, iar în cazul art. 726 alin. (1) pct. 1 C. com. și buna ori reaua-credință a dobânditorilor^[6]; aceeași prezumție era instituită și pentru actele, plățile și înstrăinările, cu orice titlu, făcute în cele zece zile anterioare declarării falimentului, și chiar în lipsa punctelor extreme mai sus arătate [art. 726 alin. ultim C. com.]; potrivit acestei norme, erau prezumate a fi făcute în fraudă creditorilor și, în lipsă de probă contrară, se anula plățile și înstrăinările efectuate cu

^[1] C.A. Milano, 25 iunie 1935, în R.D.C. nr. 3/1994, p. 102.

^[2] Articolul 975 C. civ., care reglementa acțiunea pauliană sau revocatorie, statua următoarele: „ei (creditorii – s.n.) pot asemenea, în numele lor personal, să atace actele viclene, făcute de debitor în prejudiciul drepturilor lor”; pauliana este o creație pretoriană, datorată pretorului Paulus, care a introdus-o în edictul său (*quae in fraudem creditorum alienat sunt revocantur* – D. XLII, 8, reluată în D. XLII, I, 38, 4) pentru revocarea fraudei comisă de debitor prin acte de înstrăinare – pentru dezvoltări, a se vedea P.C. Vlăchide, Repetiția principiilor de drept civil, vol. II, Ed. Europa Nova, București, 1994, p. 215.

^[3] Codul comercial, pe lângă alte mijloace speciale falimentului, a menținut și acțiunea revocatorie din dreptul civil, influențată, însă, de declararea falimentului; condițiile acțiunii pauliene sunt: a) să existe un act care să cauzeze o pagubă creditorilor; b) debitorul să fi lucrat având cunoștință că păgubește pe creditorii săi; și c) pentru actele cu titlu oneros cel de-al treilea să fi cunoscut că debitorul fraudează pe creditorii săi; pe drept cuvânt, în doctrină s-a arătat că la faliment nu mai trebuie dovedit că prin actul încheiat s-a creat o stare de insolabilitate pentru debitor – I.N. Fițescu, Curs de drept comercial, vol. III (...), p. 234; de asemenea, fiindcă cererea, în loc de a mai fi individuală, este colectivă, este colectivă, nu mai interesează, ca în acțiunea de drept comun, data creanței fiecărui creditor concursal.

^[4] Cas. I, dec. 339 din 4 septembrie 1895, în Codul comercial adnotat (...), p. 482.

^[5] C.A. Galați II, 18 octombrie 1902, *idem*, p. 485.

^[6] Cas. III, dec. 385 din 1941, în C. Jornescu, Gh. Țigăeru, op. cit., p. 186.

orice titlu, fără ca cel de-al treilea să fi cunoscut starea de încetare de plăți în care se găsea comerciantul, plăți și înstrăinări făcute în cele zece zile anterioare declarării în stare de faliment; o atare nulitate, prevăzută de legiuitor în interesul masei credale și, ca atare, de ordine publică, se putea promova nu numai pe calea unei acțiuni pornite în acest scop, ci se putea invoca și pe cale de excepție la apărarea intimitei, ce se pretinde achitată de o datorie prin efectuarea unor plăți, invocându-se pe temeiul art. 726 alin. ultim C. com. nulitatea acelor plăți^[1].

27. După pronunțarea hotărârii judecătorești, procedura continua cu inventarierea activului și verificarea creanțelor, urmată de transformarea în bani a tuturor bunurilor comerciantului și repartizarea sumei rezultate către creditorii, conform ordinii stabilite. Inventarierea bunurilor se desfășura sub conducerea sindicului, care era desemnat de instanța judecătorească prin hotărârea declarativă. Totuși, s-a decis că judecătorul-sindic este incapabil să contracteze angajamente de persoane, de ale căror servicii ar avea nevoie în administrarea falimentului (avocați, custozi, experți etc.), asemenea angajamente făcându-se numai de tribunal^[2].

Potrivit art. 666 CPC 1865, în contra *inventarului activului falimentar* era deschisă calea opoziției pentru orice persoană interesată, de unde rezultă că și falitul se putea opune la inventar, dacă justifica un interes. Întrucât judecătorul-sindic reprezenta interesul masei credale, urmează că numai el putea porni în numele creditorilor acțiune și uza de căile de atac acordate acestora în materie falimentară, astfel că în contra hotărârilor tribunalelor care au statuat asupra opoziției falitului în contra inventarului masei credale numai judecătorul-sindic putea face apel, nu și creditorii personali^[3].

Ulterior inventarului, judecătorul-sindic proceda la verificarea și admiterea cererilor de creanțe care au fost declarate de către creditorii în vederea constituirii masei credale. Prin art. 768-780 C. com. s-a instituit o procedură specială de verificare a tuturor creanțelor creditorilor falitului, indiferent de calitatea lor, care se administra înaintea judecătorului-sindic înăuntrul unui termen anume fixat în sentința declarativă de faliment, și care cuprindea în mod amănunțit modul cum trebuiau să se comporte creditorii, forma în care urmau să-și facă declarațiile, prezentarea titlurilor de creanță cu garanțiile aferente, eventualele contestații ce se puteau ivi la admiterea fiecărei creanțe, atât asupra existenței și cuantumului, cât și asupra calității ei, persoanele în drept să conteste și să se opună la admiterea creanțelor și, nu în ultimul rând, modul de soluționare a acestor contestații, instanțele competente și căile de atac.

De aici rezultă că *procedura verificării creanțelor* nu era o simplă operațiune de înregistrare a acestora, cu dreptul părților participante de a contesta ulterior existența, câtimea și calitatea creanțelor verificate, ci constituia o adevărată procedură judiciară de valorificare a creanțelor, cu caracter contradictoriu și definitiv, opozabilă oricăror contestații ulterioare.

Ca atare, ea avea autoritate de lucru judecat nu numai în timpul și pentru procedura de execuțiune falimentară, dar și în afară de faliment și după închiderea acestei proceduri, evident, cu condiția ca elementele lucrului judecat prevăzute de art. 1201 C. civ. 1864 să fie îndeplinite, iar contestațiile și excepțiile soluționate să nu fie din categoria celor proprii numai masei credale și de natură strict falimentară cum erau, de exemplu,

[1] Cas. III, dec. 1602 din 8 iulie 1938, în R.D.C. nr. 2/1992, p. 58.

[2] Cas. III, dec. 379 din 20 februarie 1934, în R.D.C. nr. 5/1993, p. 115.

[3] Cas. III, dec. 709 din 9 aprilie 1935, *idem*, p. 116.

cele întemeiate pe art. 724-726 C. com., contestații care, dat fiind caracterul lor de dependență față de starea de faliment, soluționarea lor nu putea avea autoritate de lucru judecat decât atâta timp cât exista falimentul și masa falimentară^[1]. Nici creditorii privilegiați nu erau dispensați de obligațiunea verificării dacă voiau să participe la masa credală.

De asemenea, erau supuse operațiunii verificării și creanțele puse în executare, deoarece dispozițiunile codului nu făceau nicio distincție în această privință. Creditorii cunoscuți și recunoscuți, care nu și-au declarat la timp creanțele lor, aveau drept să pretindă și ei să fie verificați la masa falimentului până când nu s-au sfârșit repartițiunile întregului activ. Operațiunea repartizării întregului activ al falimentului era terminată atunci când ultimul tablou de distribuție a devenit definitiv și executoriu prin comunicarea lui creditorilor interesați și a fost omologat de tribunal^[2].

28. Articolul 780 alin. (4) C. com. prevedea categoric că judecătorul-sindic are dreptul de a admite provizoriu la pasiv pe creditorul care își verifică tardiv creanțele. Dacă art. 776 C. com. vorbea de dreptul tribunalului de a admite provizoriu unele creanțe, dispozițiunea aceasta nu se referea decât la creanțele contestate, iar nu la cele prezentate tardiv pentru verificare^[3]. Când, posterior operațiunilor de verificare a creanțelor, se descoperea că una sau mai multe din creanțele admise ca bune la masa falimentului au fost făcute în mod fraudulos, în scop de a păgubi pe alți creditori, oricare din creditorii prejudiciați avea dreptul de a face contestație la admiterea acelor creanțe, conform art. 780 C. com., fără a se putea zice că prin admiterea acestei contestații s-ar viola autoritatea lucrului judecat ce ar rezulta din procesul-verbal de verificare a creanțelor^[4].

Literatura de specialitate a concluzionat că *judecătorul-sindic avea trei categorii de competențe*: a) competențe privind constatarea, conservarea, administrarea și lichidarea activului falimentului; b) competențe administrative; c) competențe jurisdicționale^[5].

Când falitul a prezentat bilanțul afacerilor sale, judecătorul-sindic avea obligația să-l verifice și să facă rectificările și completările necesare, în caz contrar sarcina întocmirii acestuia revenindu-i tot judecătorului, urmând ca și respectivul document să fie depus la grefă^[6].

^[1] Cas. III, dec. nr. 2123 din 11 decembrie 1935, în R.D.C. nr. 2/1994, p. 108; în același sens, Cas. III, dec. 1528 din 11 octombrie 1933, *idem*, p. 108.

^[2] Cas. III, dec. nr. 1341 din 28 octombrie 1932, în R.D.C. nr. 5/1993, p. 116.

^[3] Cas. III, dec. nr. 262 din 19 septembrie 1924, în Codul comercial adnotat (...), p. 520.

^[4] Cas. III, dec. nr. 257 din 21 noiembrie 1906, *idem*, p. 520.

^[5] Gh. Gheorghiu, Rolul judecătorului-sindic în procedura falimentului, op. cit., p. 51-58; unii autori consideră că în concepția Codului comercial, judecătorul-sindic deținea doar două categorii de competențe: jurisdicționale și de administrare – a se vedea, în acest sens, I. Turcu, *Tratat de insolvență* (...), p. 12; I. Turcu, *Tratat teoretic și practic* (...), p. 686.

^[6] Atribuțiile privitoare la constatarea, conservarea, administrarea și lichidarea activului falimentului se justificau prin aceea că, urmare a desesizării falitului de bunurile sale și încredințării lor judecătorului-sindic, legiuitorul a urmărit ca aceste bunuri să poată fi mai bine conservate și valorificate în vederea acoperirii datoriilor acumulate. Imediat după declararea falimentului sau cel mult în 24 de ore, judecătorul era obligat, dacă acest lucru era posibil, să facă inventarul bunurilor și să procedeze la punerea sigiliilor. Dacă averea comerciantului se afla și în alte localități, punerea sigiliilor se solicita printr-o comisie rogatorie autorității judecătorești locale. În cazul în care inventarierea nu se putea face imediat, art. 750 C. com. impunea ca operațiunea să fie terminată în trei zile de la numirea judecătorului-sindic, inventarul trebuind să descrie întregul activ al falitului, lucru care se făcea în prezența unora sau a mai multor creditori desemnați de tribunal, în dublu exemplar, din care unul se depunea la grefa tribunalului în cel mult 24 de ore.

După elucidarea situației falimentului, judecătorul-sindic, sub supravegherea tribunalului, efectua lichidarea activului, „fie asigurând și încasând creanțele, fie procedând la vânzarea averii mobile și imobile, îndată după trecerea celor 10 zile de la pronunțarea hotărârii dată asupra contestațiilor la verificare” [art. 803 alin. (1) C. com.]. Referitor la vânzare, alin. (3) al aceluiași articol preciza că aceasta se va face numai după „estimarea lucrurilor ce sunt de vândut” prin experți numiți de tribunal.

Atribuțiile administrative constau în aceea că judecătorul-sindic avea obligația de a convoca creditorii și a prezida adunările lor, de a asculta falitul asupra cauzelor producerii falimentului, de a îndruma operațiunile falimentului etc.

Acele făcute de judecătorul de insolvență cu depășirea competențelor sale erau lovite de nulitate, iar dacă s-au produs și unele pagube, răspunderea lui civilă sau penală putea fi angajată în condițiile prevăzute de art. 885 C. com. pentru malversațiuni în administrarea falimentului.

29. În cursul procedurii, creditorii se întruneau ori de câte ori era necesar într-o adunare generală, iar interesele lor erau reprezentate fie prin comisia creditorilor, fie prin judecătorul-sindic. În doctrină s-a arătat că această reprezentare constituia expresia părerii dominante a acelei perioade, în sensul că singurul interes care trebuia protejat prin procedura falimentului era interesul creditorilor, ca expresie a necesității protejării instituției creditului; abia în legislațiile secolului următor se acordă o anumită protecție și interesului întreprinderii debitoare, ca agent economic și factor de dezvoltare economico-socială, producător și susținător al unor locuri de muncă etc.^[1]

Articolele 760 și 804 C. com. reglementau posibilitatea acordată de creditorii falitului de a-și continua, în tot sau în parte, comerțul, hotărârea putând fi adoptată doar cu încuviințarea majorității creditorilor verificați, care trebuiau să determine cu precizie timpul, limitele și condițiile în care urma să se facă acest lucru, precum și persoana care, sub răspunderea ei, urma să o realizeze^[2].

Suspendarea executării hotărârii declarative de faliment se putea produce pe calea moratorului (art. 834-844 C. com.), care se putea dispune de instanță pentru o perioadă de cel mult șase luni (cu posibilitate de prelungire pe încă șase luni), în cadrul căreia debitorul, cu concursul creditorilor și sub supravegherea judecătorului-sindic, proceda la lichidarea voluntară a bunurilor sale și la stingerea datoriilor^[3]. Așa cum a statuat și jurisprudența interbelică, singurele efecte ale acordării *moratorului prefalimentar* sunt împiedicarea creditorilor de a cere declararea comerciantului debitor în stare de faliment și oprirea executărilor silite, precum și intentarea și continuarea acțiunilor pentru condamnarea la plată. Astfel, în timpul moratorului nu este suspendată curgerea dobânzilor la creanțele intrate în moratoriu, deoarece un asemenea beneficiu nu rezultă nici din textul legii și nici din principiile asupra acestei materii. De asemenea, întrucât

[1] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 33.

[2] Art. 804 statua că „vânzarea bunurilor este, de asemenea, suspendată dacă creditorii vor decide a se continua exploatarea, în tot sau în parte, a patrimoniului comercial al falitului, pentru timpul, în limitele și cu condițiunile ce ei vor trebui să determine cu precizie desemnând persoana însărcinată cu conducerea exploatării comerțului. Această decizie nu poate fi luată decât cu majoritate de trei pătrimi a creditorilor în număr și în sumă. Creditorii dizidenți și falitul pot face opozițiune la tribunal, dar aceasta nu va suspenda executarea deciziei luate de creditorii”.

[3] Pentru dezvoltări, a se vedea Gh. Gheorghiu, *Considerații asupra măsurilor prefalimentare*, op. cit., p. 92-109.

textele Codului de comerț privitoare la moratoriu nu prevăd nimic cu privire la regimul dobânzilor, acesta rămâne cel comun, adică cel al convențiunii părților^[1].

Articolul 834 C. com. statua că, în cele trei zile care urmau publicării sentinței de declarare a falimentului, comerciantul falit putea cere tribunalului să suspende executarea hotărârii dacă erau îndeplinite cumulativ următoarele patru condiții: 1) sentința a fost pronunțată la cererea creditorilor sau din oficiu; 2) debitorul justifică cu probe valabile că încetarea plăților a fost consecința unor împrejurări extraordinare și neprevăzute, ori în alt mod scuzabile; 3) dovedește cu documente sau oferă garanții îndestulătoare că activul său patrimonial este mai mare decât pasivul (adică debitorul este solvabil); 4) prezintă registrele comerciale regulat ținute, bilanțul comercial și o listă nominativă a tuturor creditorilor săi, cu arătarea domiciliului și a sumelor datorate acestora^[2]. În practică s-a arătat că pentru ca cineva să poată obține un moratoriu trebuie să justifice cu probe valabile că încetarea plăților a fost consecința unor evenimente extraordinare și neprevăzute sau în alt mod scuzabile și să dovedească că activul covârșește pasivul. Astfel, criza prin care trece tot comerțul la un moment dat nu poate motiva o cerere de moratoriu. Legiuitorul, în art. 834, a înțeles prin evenimentele extraordinare și neprevăzute nu o stare generală, ci o stare de fapt particulară a unui comerciant^[3].

Președintele tribunalului, după verificarea documentelor prezentate de falit, dispunea convocarea creditorilor înaintea judecătorului-sindic pentru a discuta cererea de moratoriu, având grijă ca ziua fixată în acest scop să nu fie posterioară celei în care a fost convocată prima adunare generală a creditorilor, ordonanța trebuind a fi notificată, de îndată, judecătorului și tuturor creditorilor prin grija falitului. Potrivit art. 835 C. com., această ordonanță nu împiedica îndeplinirea actelor care decurgeau din sentința de declarare a falimentului, adică nu avea efecte suspensive^[4].

30. Încetarea sau suspendarea falimentului mai putea interveni și în baza unui *concordat*, instituție care făcea obiectul reglementării prin art. 845-865 C. com. și care reprezenta o convenție între debitor și creditorii, omologată de tribunal, prin intermediul căruia părțile stabileau condițiile stingerii pasivului. În acest sens, potrivit art. 845 C. com. „în orice stare a procedurii falimentului, se poate încheia un concordat, între

^[1] Cas. III, 10 iulie 1936, în Codul comercial adnotat (...), p. 578.

^[2] Art. 834 C. com. avea următorul cuprins: „dacă sentința declarativă de faliment a fost pronunțată după cererea creditorilor sau din oficiu, falitul, justificând cu probe valabile că încetarea plăților a fost consecința unor evenimente extraordinare și neprevăzute, sau în alt mod scuzabile, și stabilind cu documente sau cu dare de garanții îndestulătoare că activul patrimoniului său covârșește pasivul, va putea să ceară tribunalului, în cele trei zile ce urmează după publicarea acelei sentințe, ca să se suspende executarea ei. Cererea nu va putea fi primită, dacă falitul nu a prezentat sau nu prezintă împreună cu dânsa registrele sale de comerț regulat ținute, bilanțul său comercial și o listă nominativă de toți creditorii săi, cu arătarea domiciliului și a sumelor creanțelor lor”.

^[3] Trib. Ilfov, 3 octombrie 1900, în Codul comercial adnotat (...), p. 572.

^[4] Procesul-verbal al adunării trebuia să cuprindă numele și prenumele creditorilor care au luat parte la convocare, declarațiile acestora și ale judecătorului-sindic, precum și eventualele propuneri formulate în ceea ce privește măsurile conservatorii, modurile de lichidare prin bună înțelegere a averii debitorului și persoanele cărora li se putea încredința administrarea și supravegherea patrimoniului pe perioada moratorului, a cărui durată nu putea fi mai mare de șase luni. În acest timp debitorul avea dreptul să procedeze la lichidarea voluntară a activului falimentului său și la stingerea datoriilor cu concursul comisiei creditorilor desemnată prin hotărârea tribunalului și sub controlul judecătorului-sindic (art. 838). Articolul 843 prevedea că ori de câte ori s-a acordat un moratoriu, pe parcursul căruia se dovedește că debitorul a achitat creditorilor anteriori o parte considerabilă din creanțe, pe baza unui vot favorabil al majorității creditorilor, care reprezentau cel puțin jumătate din restul pasivului, tribunalul putea să acorde un al doilea moratoriu, tot pentru o perioadă de cel mult șase luni.

falit și creditorii săi, oricare ar fi cota concordatară, dacă toți consimt la aceasta. În concordat se poate conveni încetarea sau suspendarea procesului comercial al falimentului, dar nu se poate împiedeca continuarea instrucțiunii penale. Concordatul va fi supus omologării tribunalului^[1]. Concordatul, fiind un contract pentru care legea cerea îndeplinirea unor anume formalități, el nu devenea perfect decât atunci când a fost semnat de creditorii și când se putea constata dacă majoritățile de sume și număr erau întrunite conform legii^[2].

Dacă nu s-a obținut un concordat prin consimțământul tuturor creditorilor judecătorul-sindic avea obligația ca, în termen de trei zile de la data verificării creanțelor, să-i convoace pe creditorii pentru a fi consultați asupra încheierii unui concordat^[2].

De îndată ce sentința de omologare a concordatului a rămas definitivă înceta starea de faliment și funcțiile judecătorului-sindic, cu excepțiile prevăzute de art. 860 C. com. Concordatul încheiat între falit și creditorii săi, odată ce a rămas definitiv și a fost omologat de tribunal, devenea obligatoriu pentru toți creditorii anteriori, chiar și pentru aceia care nu au participat la dânsul, creanțele acestora, fie că au fost trecute sau nu în bilanț, verificate sau neverificate, neputând fi plătite decât în limita cotei stabilite prin concordat. Această obligativitate generală a concordatului se aplica și creanțelor stabilite prin hotărâri judecătorești definitive înainte de concordat^[3].

Legiuitorul a reglementat și unele cazuri în care concordatul era inadmisibil,^[4] respectiv: a) când falitul era dosit; b) când falitul era inculpat pentru bancrută frauduloasă și până ce nu era definitiv achitat; c) când falitul a mai fost în stare de faliment; d) când falitul nu se obliga să plătească cel puțin 60% din capitalul creanțelor; e) când termenul stipulat pentru plata cotei trecea de 18 luni; f) când se garanta plata cotei concordatare, fie printr-o ipotecă, fie printr-un depozit în bani sau efecte ce puteau acoperi suma prezentată prin cota promisă^[5] (art. 853).

31. Datorită drepturilor diferite ale creditorilor, de cele mai multe ori creditorii chirografari nu ajungeau să recupereze mai nimic din creanțele pe care le dețineau, doar cei garantați și privilegiați reușind să primească o parte din datorie. Din punctul de vedere al rezultatelor aplicării procedurii falimentului, în perioada 1899-1914, doctrina vremii a consemnat că 16% dintre falimente au trebuit să fie închise imediat după deschiderea datorită insuficienței activului, doar în 13% din cazuri creditorii recuperându-și peste jumătate din creanțe^[6].

[1] Cas. II, dec. 71 din 14 februarie 1903, *idem*, p. 579.

[2] De asemenea, debitorul falit sau creditorii reprezentând cel puțin un sfert din masa credală puteau cere, în același termen, convocarea adunării creditorilor pentru a li se propune un concordat. Cu ocazia adunării, după ascultarea raportului prezentat de judecător cu privire la starea falimentului și a eventualelor propuneri ale acestuia, creditorii hotărâau asupra concordatului cu o majoritate de trei pătrimi din totalul creanțelor verificate sau admise provizoriu, și această hotărâre trebuind a fi supusă omologării tribunalului. Creditorii care au lipsit de la adunare sau au votat împotriva puteau declara, în termen de opt zile de la întocmirea procesului-verbal care consemna operațiunile de vot sau de la expirarea termenului concedat de judecătorul-sindic, opoziție la tribunal (art. 854).

[3] Cas. II, 28 ianuarie 1898, în Codul comercial adnotat (...), p. 588.

[4] Dacă părțile nu ajungeau la o soluție rezonabilă reciproc avantajoasă pe calea moratorului sau a concordatului judecătorul-sindic organiza transformarea în bani a activului debitorului falit și repartizarea sumei obținute pentru plata creanțelor admise.

[5] În acest caz, debitorul nu era pus în posesiunea activului său decât după întocmirea actului autentic de ipotecă de către falit sau terțiu cu judecătorul-sindic, în numele masei credale, ori după consemnarea banilor sau efectelor la Casa de depuneri și înaintarea recipisei la tribunalul de comerț [art. 853 alin. (2) C. com.].

[6] M. Pașcanu, op. cit., p. 42.

În toate situațiile în care activul patrimonial nu era suficient pentru îndestularea creditorilor hotărârea de închidere a procedurii de faliment îi reintegra pe creditorii în drepturile lor de urmărire individuală, numai plata integrală a debitorilor permițând reabilitarea totală a comerciantului și ștergerea caracterului infamant al falimentului (pierderea drepturilor electorale, a dreptului de a intra în bursă și a dreptului de a deveni magistrat, membru în comitetele bursei, în camerele de comerț și industrie, ori în corpul didactic). Întreaga procedură colectivă se concentra pe acțiunea de lichidare a activului patrimonial al debitorului și pe stingerea pasivului acestuia prin plata creditorilor săi^[1].

Din cauza rezultatelor nesatisfăcătoare în ceea ce privește recuperarea datorilor^[2], după anul 1900 au fost realizate mai multe încercări de modernizare a instituției falimentului din Codul comercial, în special pentru crearea anumitor mecanisme menite a asigura o mai mare îndestulare a creditorilor.

Astfel, a fost adoptată Legea concordatului preventiv din 10 iulie 1929 care acorda comercianților cinstiți, victime ale unei conjuncturi economice nefavorabile, posibilitatea de a-și continua activitatea, sub supravegherea unei comisii a creditorilor, pe o perioadă de maximum trei ani, având însă obligația de a acoperi cel puțin 40% din datorii^[3]. Datorită aplicării defectuoase a acestui act normativ, în sensul că beneficiul concordatului preventiv a fost acordat aproape tuturor debitorilor, aceștia înstrăinând ulterior bunurile constituite drept garanție, rezultatele scontate au fost departe de a fi atinse, ceea ce a dus la abrogarea legii în cursul anului 1932.

Cum criza economică mondială din perioada 1929-1933 a avut efecte devastatoare asupra multor comercianți, falimentele s-au produs în lanț. În această situație au fost adoptate legi speciale care permiteau descărcarea debitorilor, cu condiția achitării parțiale a datorilor. Astfel, în România, în anul 1932, a fost adoptată Legea lichidării falimentare, care urmărea să atenueze nota infamantă în privința comercianților de bună-credință, onești, dar loviți de criza acelor vremuri. În cuprinsul raportului la acest act normativ s-a arătat: „concordatul preventiv este o lege pentru vremuri normale, pe când Legea lichidării falimentare este impusă de împrejurări generale cu totul excepționale”^[4].

Deși acest act normativ a avut ca model Legea franceză din 4 martie 1889 și a reprezentat un real progres în atenuarea efectelor personale ale falimentului, el a fost în vigoare puțin timp, fiind abrogat în anul 1938,^[5] când au fost reactivate dispozițiile care relementau instituția moratoriului.

^[1] În principiu, pentru închiderea falimentului din lipsă de pasiv, instanța nu este ținută să examineze decât dacă creanțele creditorilor verificați au fost achitate și ea nu are datoria de a se ocupa de situația acelor creditori a căror creanțe, nefiind verificate, au rămas în afară de procedura concursuală; deci, atâta vreme cât falimentul n-a fost redeschis, jurnalul de închidere a operațiunilor falimentului pentru lipsă de pasiv trebuie să-și producă efectele prevăzute de art. 832 C. com., adică reintegrarea falitului în toate drepturile asupra patrimoniului său – Cas. III, dec. 55 din 26 septembrie 1939, în R.D.C. nr. 3/1993, p. 129.

^[2] Pentru dezvoltări *P.I. Demetrescu, I.L. Georgescu*, Codul comercial „Carol al II-lea”. Comentarii, Ed. Cartea Românească, 1939, p. 349 și urm.

^[3] Pentru dezvoltări în legătură cu instituția concordatului preventiv, a se vedea *S. Ionescu*, Noua lege asupra concordatului preventiv, cu modificările din 1930, comentată și adnotată cu doctrină, jurisprudență, expunere de motive și dezbateri parlamentare, ed. a 2-a complet revăzută și adăugită, Institutul de Arte Grafice „Vremea”, București, 1930.

^[4] În acest sens, *L. Preușescu*, Considerații asupra lichidării falimentare, în R.D.C.S.E. nr. 9/1936, p. 613-630, citat de *R. Bufan*, Drept falimentar (...) p. 19, nota 21.

^[5] Legea din 5 mai 1938.

Printre inconvenientele majore ale procedurii falimentului^[1], astfel cum era ea reglementată de Codul comercial român, putem aminti următoarele:

- procedura avea un puternic caracter punitiv și infamant, urmărindu-se în special sancționarea debitorului falit, excluderea lui din rândul comercianților, aplicarea, în anumite situații, a unor pedepse privative de libertate și a unor restricții cu caracter nepatrimonial;

- principalul subiect al procedurii era comerciantul persoană fizică, micul negustor din epoca adoptării codului, majoritatea dispozițiilor legale aplicându-i-se acestuia; din cele 201 articole care reglementau instituția falimentului, doar 8 se refereau la societățile comerciale;

- măsurile preventive lipseau cu desăvârșire, iar cele de redresare a debitorului erau insuficiente și doar parțial reglementate; legiuitorul, deși a prevăzut soluții pentru comercianții aflați în încetare de plăți, nu s-a preocupat de identificarea cu anticipație a falimentelor în scopul înlăturării cauzelor de insolvență, cu toate că problematica este una deosebit de importantă mai ales pentru creditori, care, atât la acordarea creditelor, cât și ulterior, pe parcursul rambursării acestora, procedează la evaluarea riscurilor și, implicit a falimentului debitorului^[2];

- interesele salariaților debitorului nu erau luate în considerare, aspect ce se explică prin aceea că în centrul reglementării se găsea micul comerciant, care, de regulă, nu avea mulți angajați;

- după modificările intervenite ca urmare a adoptării Legii din 20 iunie 1895 judecătorul-sindic a devenit administratorul procedurii falimentului și, în ciuda faptului că acesta era magistrat, el nu putea să dețină o pregătire de specialitate economică și managerială cum au profesioniștii (economisții, contabilii, managerii etc.).

Procedura falimentului din Codul comercial corespundea unor realități sociale specifice pragului dintre secolele XIX și XX, fiind o reglementare tipică pentru concepția care domina dreptul falimentar european în acea perioadă^[3].

Proiectul Codului comercial din 23 august 1940, denumit Codul lui Carol al II-lea, a încercat să modifice instituția moratorului care, în reglementarea vechiului cod, era un concordat greșit reglementat. De această instituție beneficiau atât comercianții aflați în încetare de plăți, cât și cei ce prezumau că se vor găsi în această situație, fapt ce constituia o măsură de prevenție a dificultăților financiare. Instanța era cea care aprecia

^[1] Pentru mai multe detalii, a se vedea I. Turcu, *Procedura falimentului (...)*, p. 39-41.

^[2] În doctrina de specialitate economică s-a arătat că între riscul unei afaceri și faliment există o relație de directă proporționalitate: cu cât afacerea este mai riscantă, cu atât posibilitatea apariției falimentului este mai mare și invers; evaluarea riscului unei afaceri cuprinde două aspecte principale: riscul nerambursării și riscul nerespectării obligațiilor de către debitori, pentru cunoașterea acestora trebuind să fie analizate riscurile macroeconomice, riscurile ramurii de activitate și riscurile specifice întreprinderii; ca bază de informație pentru evaluarea riscurilor urmează să se aibă în vedere analizele și studiile efectuate de specialiști, punându-se un accent mai mic pe situațiile financiare (bilanț, cont de profit și pierderi) pentru că valoarea de înregistrare a activelor și pasivelor în evidențele contabile nu asigură o evaluare realistă, situațiile financiare nu prezintă date atotcuprinzătoare, existând rezerve ascunse, sistemele de contabilizare sunt alese de multe ori subiectiv, conturile pot fi „aranjate” astfel încât să dea o imagine cât mai bună și, nu în ultimul rând, situațiile financiare se adresează unui număr foarte mare de utilizatori, ceea ce le face să fie prezentate la modul general – a se vedea, în acest sens, A. Neagoe, *Metode de evaluare a riscurilor de faliment*, *Tribuna Economică* nr. 44/1992, p. 37 și urm.

^[3] R. Bufan, *Drept falimentar (...)*, p. 36.

conduita ireproșabilă a debitorului, dar acordul asupra acordării concordatului aparținerea majorității creditorilor^[1].

§2. Tendința postrevoluționară

2.1. Necesitatea unei noi reglementări

32. Hotărâtoare pentru viața politică și socială, evenimentele din 1989 au fost urmate în plan economic și juridic de o schimbare substanțială a statutului agenților economici: după o reglementare timidă a inițiativei private prin Decretul-lege nr. 54/1990, a urmat dispariția rapidă a cooperativelor agricole de producție, transformarea prin Legea nr. 15/1990 a întreprinderilor de stat în societăți comerciale și regii autonome și reglementarea pe baze egale a participării la viața economică a statului și a particularilor prin Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale și prin Constituția din 1991.

Multitudinea de acte normative esențiale din anii 1990 și 1991 nu a cuprins și materia falimentului; în această perioadă actorii vieții economice au descoperit că bazele legislației comerciale – respectiv Codul comercial de la 1887, care conține și o reglementare detaliată a falimentului – există, nefiind expres abrogate în perioada 1947-1989.

Cadrul juridic al vremii a determinat – printre altele – amânarea adoptării unei legi noi, armonizate cu progresele înregistrate în legislația occidentală până în anii '90. Atunci când agenții economici au solicitat aplicarea reglementărilor cuprinse în Cartea a III-a a Codului comercial, acestea au putut primi aplicare, chiar dacă nu erau perfect adaptate noilor realități economice.

Însă, nevoia unei noi reglementări în acest domeniu ține indubitabil de diferența de concepție între reglementarea falimentului din secolul al XIX-lea, care avea drept singur scop apărarea creditorilor, a creditului ca valoare socială importantă a economiei de piață și concepția contemporană care acordă o protecție sporită unui alt interes în prezență, cel al debitorului, privit ca valoare socială demnă de protejat prin efectele pozitive ale continuării funcționării întreprinderii sale.

Un alt factor care a contribuit la reforma procedurii falimentare l-a constituit presiunea organismelor internaționale, în special cele financiare, care au condiționat sprijinul acordat României de adoptarea și aplicarea unei noi reglementări a statutului comercianților aflați în dificultate^[2].

Eficiența unei legislații adecvate a comercianților aflați în dificultate se poate comensura prin efectele sale, care sunt de genul asanării sau restructurării unor întreprinderi nerentabile, neviabile, și al reorientării resurselor economiei spre alte domenii. Pentru a putea însă observa dacă reglementarea este echilibrată, protejând eficace toate valorile sociale pe care și le propune, dacă economia reintră în funcționare la parametrii optimi, este necesară aplicarea fermă și continuă a legii la toate cazurile pe care le are în vedere.

În economia noastră fenomenul neplății la scadență a datoriilor atinsese cote alarmante. Conform unei declarații^[3], la sfârșitul lunii septembrie 1996 „nivelul arieratelor, respectiv al sumelor neachitate de agenții economici către furnizori, bugetul statului și

^[1] I.L. Georgescu, Considerațiuni asupra reglementării moratoriului în noul cod comercial din 23 august 1940, în R.D.C.S.E. nr. 9-10, 1940, p. 584-590, citat de R. Bufan, în Drept falimentar (...), p. 36.

^[2] R. Bufan, Drept falimentar (...), p. 37.

^[3] Declarația prim-ministrului din acea vremea, publicată în *Renașterea Bănățeană* nr. 2117 din 31 ianuarie 1997.

bănci” la scadență era de cca. 28.000 miliarde lei, adică 18% din Produsul Intern Brut al țării, iar în toamna anului 2000 suma reprezenta cca. 35% din PIB. Ajungerea la această dimensiune constituia și rezultatul neaplicării atât de către stat, cât și de către agenții economici privați, a legislației falimentare pentru recuperarea unor datorii neplătite la scadență.

2.2. Încercări de eliminare a blocajului financiar

33. După 1989, deși întreprinderile de stat au fost transformate în societăți comerciale și regii autonome, plățile restante din economie au continuat să se acumuleze, pentru că nu s-a luat o decizie strategică de declanșare a falimentului de către creditorii, care erau, în majoritatea lor, tot societăți comerciale cu capital de stat.

Deși s-a acceptat ideea reactivării prevederilor Codului comercial, creditorii, respectiv statul, nu au decis declanșarea procedurilor falimentare.

Pasivitatea creditorilor – societăți comerciale cu capital de stat – față de debitorii societăți comerciale cu capital de stat a fost susținută și teoretic, considerându-se că în aceste cazuri falimentul nu este o măsură adecvată pentru a atinge scopul redresării debitorilor^[1].

În anii 1995-1996, pe baza O.G. nr. 13/1995 privind unele măsuri de accelerare a procesului de restructurare a regiilor autonome și a societăților comerciale cu capital majoritar de stat, de întărire a disciplinei financiare și de îmbunătățire a decontărilor în economie^[2] și H.G. nr. 172/1995, care stabilea normele de aplicare, s-a instituit „regimul special de supraveghere economico-financiară” pentru agenții economici ai statului care „înregistrează pierderi, fluxuri financiare negative, plăți restante și a căror activitate afectează desfășurarea normală a proceselor din economie”.

Pe baza unui program de restructurare și redresare financiară, erau deschise următoarele direcții de acțiune: reducerea, reeșalonarea sau anularea datoriilor restante către creditorii societăți de stat sau regii autonome, transformarea creditelor acordate de băncile de stat în participări la capitalul comercianților debitori, reducerea și amânarea datoriilor la bugetul statului.

Această procedură a fost calificată în doctrină drept „redresare administrativă” și apreciată ca mult mai eficientă și mai concretă datorită sprijinului substanțial al statului^[3]. Cu toate acestea, procesul de aplicare a acestor reglementări nu a evoluat, fiind supuse regimului special doar 30 de societăți din cele cea 6.000 de societăți cu capital majoritar de stat. Deși unele au fost lichidate, iar altele vândute (ex. Archim Arad, Alum S.A. Tulcea, Carbosin Copșa Mică), majoritatea celor aflate pe listă nefiind însă restructurate, au continuat să genereze plăți restante în volum impresionant. În consecință, O.G. nr. 13/1995 a fost abrogată prin O.U.G. nr. 10/1997 cu privire la diminuarea blocajului financiar și a pierderilor din economie^[4], care prevedea măsuri mai severe de restructurare, inclusiv lichidare.

34. În aceste condiții, în perioada 1989-1996, putem sesiza trei căi majore prin care s-a încercat lichidarea fenomenului arieratelor, pe care le prezentăm în continuare.

[1] S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, I. Băcanu, *Drept procesual civil*, vol. II, Executarea silită, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 310.

[2] M. Of. nr. 54 din 23 martie 1995.

[3] *Ibidem*.

[4] M. Of. nr. 72 din 22 aprilie 1997.

Ca o primă soluție, și după 1989 s-a mai recurs în câteva rânduri la compensarea globală a datoriilor între agenții economici, însă această „soluție” a vizat mai degrabă efectul, și nu cauzele blocajului financiar^[1].

După 1992 s-a renunțat la compensări globale și s-a încetățenit practicarea unor compensări colective, între societăți, făcute rapid, prin intermediul fax-ului. Aceste compensări sunt „substitute” ale plăților normale și constituie soluții găsite de comercianți și practicate fără intervenția unei autorități. Datorită încetățenirii acestui mod de plată, marile regii au emis norme proprii de realizare a compensărilor în care ele pot fi implicate (de exemplu, Renel).

O altă încercare de rezolvare a acestei situații s-a concretizat în procedura introdusă prin Legea nr. 76/1992 privind măsuri pentru rambursarea creditelor rezultate din acțiunea de compensare, regimul plăților agenților economici, prevenirea incapacității de plată și a blocajului financiar^[2] (abrogată), care prevedea constatarea incapacității de plată a debitorilor, precum și acordarea unui termen legal de grație de 6 luni de la constatare; în doctrina noastră^[3] s-a considerat că prin aceste dispoziții s-au modificat implicit prevederile Codului comercial privind falimentul.

A treia cale și cea mai fermă a constituit-o declanșarea procedurii falimentare conform textelor Codului comercial. Din păcate, aceste proceduri au fost în număr limitat, cele mai multe fiind declanșate de către Banca Agricolă împotriva unor debitori comercianți atât cu capital de stat, cât și, mai ales, cu capital privat.

După cum a demonstrat practica judecătorească, „s-a constatat că vechea reglementare era pe deplin viabilă și că se putea aplica în continuare fără dificultăți, mai ales că cei chemați să o aplice beneficiau de bogata zestre doctrinară și jurisprudențială care se crease în cele șase decenii de economie de piață”^[4].

Această caracterizare a viabilității vechii reglementări, referitoare exclusiv la faliment, prin cunoașterea doctrinei și jurisprudenței tradiționale, este confirmată prin hotărârile judecătorești pronunțate în perioada 1990-1995 în spețele deschise pe baza procedurii din Codul comercial^[5].

Dintre aprecierile cele mai pertinente privind starea economică degradată și încetarea de plăți a debitorului, utilizate de instanțe în perioada 1989-1995, se rețin următoarele:

- debitorul nu a mai depus nicio sumă în contul băncii creditoare și nu i-a mai prezentat acesteia balanțele de verificare;
- rata rentabilității și rata lichidității debitorului sunt foarte scăzute – 2%, respectiv 1,03%;
- comparația volumului creanțelor cu volumul obligațiilor debitorului;
- „în consecință, încetarea plăților nu este temporară și accidentală, încât să lase loc redresării comerciantului, ci, datorită împrejurărilor expuse, este absolută și completă”;
- pierderea constatată de către organele de control;
- reducerea volumului de activitate la 25%^[6].

[1] D. Oanță, C. Vlad, În așteptarea legii falimentului, în Adevărul din 4 octombrie 1994.

[2] M. Of. nr. 178 din 28 iulie 1992.

[3] I. Turcu, Insolvența comercială, reorganizarea și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 53.

[4] I. Băcanu, Patru cărți despre procedura reorganizării și lichidării judiciare, în R.D.C. nr. 5/1996, p. 162.

[5] Deciziile CSJ, s. com. nr. 246/1993 în R.D.C. nr. 6/1994, p. 104 și nr. 635/1994, în R.D.C. nr. 2/1995, p. 162.

[6] R.D.C. nr. 4/1994, p. 89 și urm.

2.3. Legea reorganizării judiciare și a falimentului

35. Imediat după 1989, în România s-au făcut încercări notabile de actualizare a legislației comerciale, concretizate într-o serie de legi deosebit de importante pentru asigurarea bazelor funcționării agenților economici într-o economie de piață. În cadrul acestei mișcări de înnoire, la 27 aprilie 1991, Guvernul a trimis Parlamentului proiectul unei Legi a falimentului; deși a fost avizat favorabil chiar din 1991, el nu a mai devenit lege din cauza înlocuirii Guvernului. După alegerile din 1992, comunitatea financiară internațională a negociat cu Guvernul o serie de condiții pentru acordarea sprijinului financiar necesar României.

Una dintre cele mai importante cerințe ale Fondului Monetar Internațional și ale Grupului celor 24 a fost adoptarea unei noi legi a falimentului, care să preia principalele inovații apărute în materie în ultimele decenii în țările occidentale. Desigur, această nouă lege trebuia aplicată la cazurile extrem de numeroase de debitori în încetare de plăți, urmărindu-se restructurarea, lichidarea sau privatizarea, în special a societăților cu capital majoritar de stat^[1].

În luna februarie 1993, a fost înaintat Parlamentului un nou proiect de lege, refăcut, tot pe baza modelelor franceze și italiene^[2], recurgându-se astfel la soluția receptării instituției din dreptul neolatin care a inspirat întreaga noastră legislație civilă și comercială. În 1993 și 1994, proiectul a fost din nou refăcut, în special prin preluarea unor elemente din legislația americană, fiind organizate două seminarii cu această temă, la inițiativa Uniunii Juriștilor, cu sprijinul Consiliului pentru Reformă al Guvernului și al Asociației Barourilor Americane. Acest ultim proiect, care a servit drept bază pentru discuțiile parlamentare, a fost prezentat în septembrie 1994, și a intrat în dezbaterile Senatului în decembrie 1994, iar a Camerei Deputaților în februarie 1995 ca Lege a reorganizării și lichidării judiciare.

36. După adoptarea în 1995 a Legii nr. 64 privind reorganizarea și lichidarea judiciară, au apărut probleme legate în principal de lichidarea judiciară, care se confunda, pentru nespecialiști, cu lichidarea organizată în baza Legii nr. 31/1990, numită și lichidare administrativă.

Pentru a elimina această confuzie, precum și pentru a îndrepta anumite nesincronizări și deficiențe relevate în perioada 1995-1997, Guvernul a adoptat, în 27 septembrie 1997, O.U.G. nr. 58^[3] prin care Legea nr. 64/1995 a devenit „Lege privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului”.

Principalele modificări aduse Legii nr. 64/1995 prin această ordonanță pot fi sintetizate după cum urmează: procedura reorganizării judiciare era mai clar definită, cuprinzând reorganizarea întreprinderii sau lichidarea unor bunuri din averea debitorului; lichidarea judiciară era înlocuită de procedura falimentului; s-a introdus posibilitatea desemnării unor persoane juridice ca administratori și lichidatori; instituția menținerii sau rezilierii contractelor, precum și cea a anulării actelor încheiate în dauna creditorilor anterior declanșării procedurii au devenit aplicabile doar la faliment, nu și în cazul reorganizării judiciare; clasele de creditori chirografari precum și ordinea de satisfacere a creanțelor acestora au fost mai bine sistematizate; s-au adus precizări și înlesniri în privința

[1] R. Bufan, *Drept falimentar (...)*, p. 42.

[2] I. Băcanu, *op. cit.*, p. 162.

[3] M. Of. nr. 265 din 3 octombrie 1997.

vânzării în bloc a unor bunuri ale debitorului; descărcarea debitorului de datoriile neplătite nu mai era absolută, fiind limitată de cazuri de comportare frauduloasă, de falimente repetate etc.

De asemenea, s-a operat o restrângere a domeniului de aplicare a actelor anulabile încheiate în perioada suspectă, prin modificarea art. 38 din Legii nr. 64/1995, măsurile legale aplicându-se doar în cazurile de faliment^[1].

Prin Legea nr. 99/1999^[2] privind măsuri pentru accelerarea reformei economice au fost modificate semnificativ unele prevederi ale Legii nr. 64/1995, inclusiv prin abrogarea prevederilor O.U.G. nr. 58/1997^[3]. Principalele modificări aduse prin Legea nr. 99/1999 se referă la următoarele aspecte: schimbarea atribuțiilor organelor care administrează procedura, fiind conferite puteri de execuție mai largi administratorului și lichidatorului, judecătorului-sindic revenindu-i atribuții de control și conducere generală a procedurii, conforme statutului său de magistrat; simplificarea procedurilor de lucru ale organelor ce reprezintă creditorii, inclusiv de convocare, votare etc.; diversificarea modalităților de vânzare a unor bunuri din averea debitorului, prin întărirea atribuțiilor de aprobare ale judecătorului-sindic și simplificarea formalităților; sprijinirea procedurii de reorganizare prin acordarea unei priorități înalte creanțelor băncilor care sprijină financiar planurile de reorganizare; identificarea surselor de acoperire a cheltuielilor procedurii pentru debitorii societăți comerciale cu capital majoritar de stat; reglementarea mai suplă, în scopul accelerării procedurii, a căilor de atac împotriva deciziilor administratorului (lichidatorului) și a hotărârilor judecătorului-sindic.

Noua reglementare a intrat în vigoare la 27 iunie 1999, guvernând inclusiv procedurile care erau deja deschise la data respectivă. Acest mod de aplicare (diferit de cel ales la intrarea în vigoare a Legii nr. 64/1995) a fost considerat util și necesar pentru a se asigura o reglementare unitară a procedurilor în curs și a le conferi avantajele modificărilor conținute în Legea nr. 99/1999^[4].

Din această cauză, la procedurile aflate în desfășurare au apărut elemente de dificultate privind valoarea actelor efectuate de către judecătorul-sindic, care, în noua procedură putea fi chemat să se pronunțe asupra lor, ele fiind și în atribuțiile administratorului sau lichidatorului ori valoarea unor decizii luate de către adunarea creditorilor, după sistemul legii vechi și care se află în judecată în căile de atac etc. Cu toate aceste dificultăți, preocuparea de a perfecționa reglementarea materiei este prioritară, mai ales când răspunde semnalelor critice ale doctrinei și jurisprudenței, și în consecință, trebuie să fie de imediată aplicare.

În această modificare, esențială este repunerea organelor judecătorești în rolul lor firesc și preocuparea pentru flexibilizarea și accelerarea procedurii, măsuri care nu pot să ducă decât la atingerea scopului avut în vedere de legislația falimentară.

Principala critică ce poate fi adusă procesului de legiferare a reorganizării judiciare și falimentului constă în abandonarea filierei neolatine a dreptului nostru comercial și încercarea de „altoire” pe acest trunchi a unor legi de origine anglo-saxona. S-a arătat, pe drept cuvânt, că această operațiune va duce la mari dificultăți de receptare și articulare, deoarece legea americană se bazează pe altă concepție decât cea a Codului comercial,

[1] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 272.

[2] M. Of. nr. 236 din 27 mai 1999.

[3] Ca urmare, și vechiul text al art. 38 din Legea nr. 64/1995 și-a extins aplicabilitatea și în cazul reorganizării.

[4] R. Bufan, Drept falimentar (...), p. 43.

utilizează altă terminologie juridică și alt sistem de soluționare a cererilor și contestațiilor^[1].

Credem că principala dificultate – născută din receptarea legii americane – se va re-leva în lipsa unor soluții jurisprudențiale care să faciliteze aplicarea legii la cazurile ce vor fi deduse judecății în viitor. Nu există considerente care să justifice o bruscă reorientare a instanțelor noastre către soluțiile instanțelor americane, în primul rând datorită lipsei tratatelor, manualelor, revistelor și bibliografiei americane, în general. Dimpotrivă, și după 1989, majoritatea lucrărilor ajunse în România, manuale, lucrări de specialitate, reviste etc., sunt provenite din Franța și cuprind o abundentă literatură de specialitate referitoare la practica instanțelor comerciale franceze. De asemenea, schimburile universitare cu Franța, pentru facultățile de drept, au luat mare amploare, iar ponderea literaturii franceze în doctrina noastră juridică se poate aprecia și din proporția covârșitoare a referirilor făcute în literatura românească de specialitate.

O altă remarcă insuficient luată în seamă de inițiatorii legii a fost tendința firească a României de integrare în structurile Uniunii Europene, care ar fi justificat din plin adop-tarea unei legi inspirate dintr-un model european^[2].

Datorită blocajului financiar din România, s-a considerat în 1995 că această lege este una de perspectivă, reprezentând o reglementare „stabilă și de durată”, care nu poate fi utilizată încă pentru soluționarea majorității cazurilor întâlnite în practică.

În această perioadă, inițiatorii legii au considerat, greșit după opinia noastră, că „rezolvarea tuturor implicațiilor în această perioadă de tranziție să se facă pe căile rapide, operative, în marea lor majoritate, a intervențiilor de guvern, pe calea ordonanțelor și hotărârilor de Guvern”^[3].

2.4. Continuarea ajustării tratamentului comercianților aflați în dificultate

37. O nouă reformă legislativă a fost înfăptuită prin O.G. nr. 38/2002,^[4] aprobată, cu modificări și completări prin Legea nr. 82/2003^[5], legiuitorul aducând și de această dată modificări substanțiale Legii nr. 64/1995 (116 la număr), principalele aspecte vizate refe-rindu-se la determinarea mai precisă a categoriilor de comercianți față de care se putea aplica procedura reorganizării judiciare și a falimentului, consacrarea legală a noțiunii de *insolvență* și raportarea ei la toate obligațiile comerciantului^[6], reformularea scopului le-gii prin includerea noțiunii de *insolvență* în locul sintagmei *încetare de plăți*, o mai bună reglementare a condițiilor privind desemnarea, a atribuțiilor și a răspunderii adminis-tratorului și a lichidatorului, precum și a contestării măsurilor adoptate de aceștia ori a înlocuirii lor, introducerea a două situații de excepție în care instanța de control judiciar

[1] I. Băcanu, op. cit., p. 162.

[2] În mod previzibil, instanțele noastre, ca și majoritatea doctrinei, au aplicat prevederile Legii nr. 64/1995 într-o interpretare franco-italiană, recurgând atât la jurisprudența noastră din perioada interbelică, dar și la soluții consacrate și fundamentate în practica statelor latine din Europa. Acesta este modul firesc în care s-a soluționat, probabil, problema lipsei jurisprudenței necesare aplicării la cazurile de speță a unor prevederi ale legii americane încorporate în Legea nr. 64/1995.

[3] M. Of. nr. 259 din 15 decembrie 1994, p. 7.

[4] M. Of. nr. 95 din 2 februarie 2002; pentru un studiu doctrinar, a se vedea R. Bufan, Principalele modi-ficări aduse Legii nr. 64/1995 prin Ordonanța Guvernului nr. 38/2002, în Phoenix ed. pilot aprilie-iunie 2002, p. 22-26.

[5] M. Of. nr. 194 din 26 martie 2003.

[6] În acest sens, alin. (2) al art. 1 prevedea că „prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului, caracterizată prin incapacitatea vădită de plată a datoriei exigibile cu sumele de bani disponibile”.

putea dispune suspendarea executării hotărârilor judecătorului-sindic, respectiv cea în care s-a respins contestația debitorului la cererea de deschidere a procedurii formulată de creditori, de Camera de Comerț și Industrie teritorială sau, după caz, de asociația cooperatistă teritorială ori națională și cea prin care se decidea intrarea debitorului în faliment, introducerea unui quantum minim al creanței pentru declanșarea procedurii la solicitarea unui creditor (dacă era vorba de o creanță care izvoră din raporturi de muncă sau raporturi obligaționale civile quantumul ei trebuia să fie superior valorii însumate a șase salarii medii pe economie, în celelalte cazuri creanța trebuia să fie mai mare de 5.000 euro, iar în cazul unui creditor care deținea creanțe din ambele categorii, quantumul total trebuia să depășească valoarea însumată a șase salarii medii pe economie, în toate situațiile calculul fiind făcut la data înregistrării cererii introductive), o reglementare mai adecvată a condițiilor pretinse pentru formularea cererii de către debitor, consacrarea nulității actelor, operațiunilor și a plăților efectuate de debitor după data deschiderii procedurii^[1], o mai clară formulare a condițiilor de ridicare a dreptului debitorului de a-și administra averea și de a-și conduce activitatea, reglementarea mai amănunțită a primelor măsuri de după deschiderea procedurii având drept finalitate întocmirea tabelului definitiv al creanțelor, o nouă procedură a planului cu îmbunătățirea prevederilor referitoare la propunerea, conținutul, durata de executare, categoriile de creditori și sistemul de vot, reconfigurarea procedurii falimentului prin determinarea expresă a cazurilor în care judecătorul-sindic putea dispune intrarea debitorului în faliment, precum și a conținutului încheierii date în acest sens, modificarea normelor referitoare la efectuarea lichidării și a ordinii de plată a creanțelor, reformularea cazurilor în care se putea dispune închiderea procedurii și a efectelor acestei măsuri și, nu în ultimul rând, introducerea capitolului IV¹ – Infraacțiuni și pedepse – prin care au fost incriminate acele fapte cu un grad ridicat de pericol social care pot fi săvârșite de unii participanți la procedura reorganizării judiciare și a falimentului (bancruta frauduloasă, gestiunea frauduloasă, delapidarea și solicitarea de înregistrare a cererii unei creanțe inexistente)^[2].

Deși este de necontestat că multe dintre modificările introduse prin această ordonanță au dus la îmbunătățirea procedurii de reorganizare judiciară și a falimentului, totuși în doctrină^[3] s-a apreciat că reglementarea a rămas una contradictorie, ambiguă, excesiv de costisitoare și contraproductivă pentru creditori, nejustificat de complicată, lentă și îndelungată, în loc să fie simplă, rapidă și foarte puțin costisitoare. De aceea, pentru a transforma Legea nr. 64/1995 într-un act normativ clar și concis, care să asigure recuperarea creanțelor într-un termen rezonabil și cu costuri relativ scăzute, legiuitorul român a considerat că este necesar să intervină din nou, astfel că a adoptat Legea nr. 149/2004^[4], act de imediată aplicare, inclusiv procedurilor deschise după data de 1 august 2002 când a început să-și producă efectele O.G. nr. 38/2002. Prin această lege s-a

^[1] Art. 40 alin. (1) statua că „în afară de cazurile prevăzute de prezenta lege sau de cele autorizate de judecătorul-sindic, toate actele, operațiunile și plățile prestate de debitor, ulterior deschiderii procedurii, sunt nule față de masa creditorilor”.

^[2] Pentru dezvoltări în legătură cu infracțiunile prevăzute de Legea nr. 64/1995, modificată, a se vedea V. Pașca, Infracțiunile de bancrută frauduloasă prevăzute de Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în Phoenix nr. 11/2005, p. 12-16; V. Pașca, Gestiunea frauduloasă și delapidarea săvârșite de administratorul judiciar sau de lichidator, în Phoenix nr. 13/2005, p. 21-22.

^[3] I. Turcu, Tratat de insolvență (...), p. 214-217.

^[4] M. Of. nr. 424 din 12 mai 2004, pentru o prezentare a reglementării legale, a se vedea S.M. Miloș, Principalele modificări ale Legii privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în R.D.C. nr. 6/2004, p. 66-84.

realizat o nouă reformă de mare anvergură întrucât la 131 de articole s-au operat 122 de modificări, unele dintre ele fiind binevenite, în timp ce altele nu și-au atins, nici de această dată, finalitatea urmărită.

Astfel, spre deosebire de vechea reglementare, care viza exclusiv comerțanții, domeniul de aplicare a fost extins și la unele categorii de necomerțanți – societățile agricole și grupurile de interes economic.

38. Societățile agricole reprezintă societăți de tip privat, cu capital variabil și un număr nelimitat și variabil de asociați, cu personalitate juridică, având ca obiect exploatarea agricolă a pământului, uneltelor, animalelor și a altor mijloace aduse în societate, precum și realizarea de investiții de interes agricol. Deși Legea nr. 36/1991 privind societățile agricole și alte forme de asociere în agricultură^[1] arată că proprietarii de terenuri agricole care beneficiază de prevederile Legii fondului funciar nr. 18/1991, precum și alți proprietari de terenuri agricole pot să-și exploateze pământul sub diferite forme de asociere, precum asociația simplă, contractul de societate reglementat de Codul civil, societatea comercială constituită în condițiile Legii nr. 31/1990 și societatea agricolă, este de reținut că numai acestea din urmă puteau face obiectul procedurii reorganizării judiciare și a falimentului.

Grupurile de interes economic, reglementate de Titlul V al Cărtii I a Legii nr. 161/2003^[2], care au apărut, după modelul francez^[3], ca o consecință a nevoii de a face față concurenței internaționale inerente deschiderii economice ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană la 1 ianuarie 2007, reprezintă o asociere între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituite pentru o perioadă determinată în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective. Chiar dacă grupul de interes economic este o persoană juridică și, ca atare, un subiect de drept care participă în nume propriu la raporturile juridice, răspunzând pentru obligațiile asumate față de terți, o caracteristică importantă a acestei forme de asociere o constituie faptul că membrii grupului sunt solidar răspunzători față de creditori, dacă nu se stipulează contrariul în momentul asumării obligațiilor civile sau comerciale.

Pe lângă faptul că scopul legii a primit o formulare mai reușită^[4], și titlul capitolului II a fost schimbat din „Organele care aplică procedura reorganizării judiciare și a falimentului”, cum în mod eronat s-a prevăzut încă de la apariția Legii nr. 64/1995, în „Participanții la procedura reorganizării judiciare și a falimentului”, cum este corect pentru o exprimare juridică riguroasă, motivat de împrejurarea că acest capitol se referea nu numai la organe (instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, administratorul și lichidatorul), ci și la alți participanți (adunarea creditorilor, comitetul creditorilor, adunarea generală a membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului și reprezentantul membrilor sau asociaților/acționarilor).

^[1] M. Of. nr. 97 din 6 mai 1991.

^[2] Legea nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției (M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003).

^[3] În Franța, grupurile de interes economic au fost reglementate prin Ordonanța nr. 67-821 din 23 septembrie 1967, completată ulterior prin Decretul din 2 februarie 1968 privind măsurile de publicitate.

^[4] Art. 2 din Legea reorganizării judiciare și a falimentului prevedea că „scopul legii este instituirea unei proceduri pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, fie prin reorganizarea activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la stingerea pasivului, fie prin faliment”.

În ceea ce privește cererile creditorilor, nivelul plafonului minim al creanței a fost coborât de la 5.000 la 3.000 de euro, abrogându-se, totodată, textul alin. (2) al art. 29, preluat din Codul comercial (art. 696) și care arăta că simplul refuz al unor plăți, în baza unor excepții pe care debitorul le socotește, cu bună-credință, întemeiate, nu constituie o dovadă a stării de insolvență, doctrina semnalând de mai mult timp că acesta nu este compatibil cu concepția obiectivă pe care se bazează definiția insolvenței^[1].

Tot ca o consecință a consolidării statutului de magistrat al judecătorului-sindic, au fost înlăturate sau înlocuite, după caz, acele formulări care au fost omise de modificările legislative anterioare, precum cele din cuprinsul art. 44 și 45 – acțiunile pentru anularea actelor frauduloase ale debitorului ori a constituirilor sau a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți se introduc la judecătorul-sindic și nu la tribunal^[2], art. 58 – numai practicianul poate cere lichidarea drepturilor asociatului dintr-o societate agricolă, societate în nume colectiv, societate în comandită ori cu răspundere limitată sau a acționarului unei societăți pe acțiuni în cazul în care acesta este debitor într-o procedură de reorganizare judiciară sau de faliment, care nu atrage dizolvarea respectivei societăți, această prevedere aplicându-se și în cazul membrilor societăților cooperative și ai grupurilor de interes economic, art. 58¹ – doar administratorul este cel care trebuie să trimită, în urma deschiderii procedurii, notificările către creditori și nu judecătorul-sindic, art. 58⁵ – posesorii de titluri de valoare la ordin sau la purtător pot solicita administratorului judiciar și nu judecătorului-sindic, ca până acum, restituirea titlurilor originale și păstrarea la dosar a unei copii certificate a acestora etc.

În ceea ce privește cazurile de închidere a procedurii, după abrogarea art. 118 prin O.G. nr. 38/2002, măsură neinspirată în opinia noastră, întrucât a înlăturat posibilitatea judecătorilor de insolvență de a dispune închiderea procedurii în caz de insuficiență a activului și neavansarea sumelor necesare de către creditori, Legea nr. 149/2004 a reintrodus acest caz prin noul text al art. 117.

Nu în ultimul rând, au fost abrogate unele dispoziții din legi speciale care prevedeau posibilitatea continuării procedurilor de executare silită individuală în paralel cu procedura reorganizării judiciare și a falimentului, prejudiciindu-i astfel pe creditorii înscrși la masa credală: art. 129 referitor la suspendarea exercițiului unor acțiuni sau, după caz, a procedurilor reglementate de Legea nr. 64/1995 față de debitorii – societăți comerciale cu capital majoritar de stat – pentru care Guvernul a instituit sau urma să instituie proceduri speciale de supraveghere financiară, pe perioada acestor proceduri; art. 89 și 90 din O.U.G. nr. 51/1998 privind unele măsuri premergătoare privatizării băncilor^[3] care instituiau un regim preferențial creanțelor deținute de Autoritatea pentru Valorificarea Activelor Bancare și în cazul debitorului aflat în procedură; art. III din O.G. nr. 38/2002 privitor tot la suspendarea exercițiului acțiunilor sau, după caz, a efectuării procedurii prevăzute de Legea nr. 64/1995, la cererea instituției publice implicate, față de societățile comerciale la care statul sau o autoritate a administrației publice locale deține cel puțin 50% + 1 din capitalul social, ce înregistra obligații bugetare de peste 50% din totalul datoriilor înscrise în evidența contabilă și care se aflau în proces de privatizare,

^[1] I. Turcu, Falimentul. Noua procedură. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 249.

^[2] Pentru o analiză a acțiunilor pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor în lumina Legii nr. 85/2006, a se vedea V. Deleanu, A. Deli-Diaconescu, Acțiunile revocatorii falimentare, în R.R.D.A. nr. 2/2007, p. 46-56.

^[3] Publicată în M. Of. nr. 482 din 15 decembrie 1998, republicată în M. Of. nr. 948 din 24 decembrie 2002, fiind supusă și ulterior unor modificări și completări.

cuprinse în programe speciale care să conducă la creșterea atractivității acestora pentru privatizare ori pentru care s-au înregistrat scrisori de intenție pentru achiziționarea pachetului de acțiuni; art. 3 și 4 din O.U.G. nr. 102/2002^[1] privind unele măsuri pentru stimularea cererii de atribuire a folosinței gratuite și a investițiilor în imobilele ce făceau obiectul O.G. nr. 168/2001 privind punerea în valoare a construcțiilor zootehnice dezafectate, destinate creșterii, îngrășării și exploatării animalelor, precum și a fabricilor de nutrețuri combinate dezafectate^[2] și, nu în ultimul rând, a alin. (1²) al art. 16 din Legea nr. 137/2002 privind unele măsuri pentru accelerarea privatizării^[3].

Chiar dacă în perioada celor 11 ani de existență Legea privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului a suferit mai multe modificări (șapte la număr^[4]), fiind de două ori republicată (în 1999 și în 2004), totuși ea nu a devenit un act normativ lipsit de lacune, procedura rămânând în continuare complexă, îndelungată, greoaie și, din această cauză, nejustificat de costisitoare, multe dintre neajunsurile legii fiind semnalate și de doctrină^[5].

Legea nr. 249/2005^[6] pentru completarea Legii nr. 64/1995 a modificat în mod sumar dispoziții referitoare la numirea practicianului în insolvență, cu privire la plan sau la închiderea procedurii și distribuirea sumelor rezultate în urma executării silită a hotărârii privind atragerea răspunderii organelor de conducere ale debitoarei. Necesitatea unei adaptări ale principiilor de bază ale procedurii, adoptarea unor noi termeni și definiții, realizarea eficientă a recuperării creanțelor sau înlăturarea, într-un mod simplist, a debitorilor fără șanse de reabilitare, au fost câteva dintre prioritățile avute în vedere de legea insolvenței din 2006.

Având în vedere că în anul 2004, în raportul întocmit cu privire la progresele înregistrate de România în procesul de aderare la Uniunea Europeană, aspirație materializată la 1 ianuarie 2007, Comisia Europeană a concluzionat, printre altele, că sistemul legislativ românesc nu prevede mecanisme adecvate și eficiente pentru ieșirea de pe piață a operatorilor economici, cadrul normativ existent prezentând o serie de neajunsuri (complexitatea procedurii, aplicarea neuniformă a legislației în materie, protecția redusă de care beneficiază creditorii etc.), autoritățile statului au inițiat elaborarea unei noi legi privind procedura insolvenței care să fie în acord și cu *acquisul* comunitar^[7], acesta fiind unul dintre obiectivele prioritare ale Guvernului României în Programul legislativ și în Strategia de reformă a sistemului judiciar.

^[1] M. Of. nr. 673 din 11 septembrie 2002, a fost aprobată cu modificări prin Legea nr. 78/2003 (M. Of. nr. 194 din 26 martie 2003).

^[2] M. Of. nr. 823 din 20 decembrie 2001.

^[3] M. Of. nr. 215 din 28 martie 2002;

^[4] Alături de legislația privatizării, cea a insolvenței a fost considerată poligonul favorit de testare a reformei legislative – *I. Turcu*, Planul de redresare – o simplă relicvă istorică?, în R.D.C. 3/2005, p. 12.

^[5] *I. Turcu*, Tratat de insolvență (...), p. 240-242.

^[6] M. Of. nr. 678 din 28 iulie 2005.

^[7] Ne referim aici la Regulamentul Consiliului nr. 1346/2000 din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, (J.O.C.E. nr. L 160 din 30 iunie 2000), intrat în vigoare la 31 mai 2002, la Directiva nr. 2008/94/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului (J.O.C.E. nr. L 283 din 28 octombrie 2008), intrată în vigoare la 17 noiembrie 2008 și care a abrogat atât Directiva nr. 80/987/CE (J.O.C.E. nr. L 283 din 28 octombrie 1980), cât și Directiva nr. 2002/74/CE din 22 septembrie 2002 (J.O.C.E. nr. L 270 din 8 octombrie 2002), la Directiva nr. 2001/17/CE din 19 martie 2001 privind reorganizarea și falimentul societăților de asigurări (J.O.C.E. nr. L 110 din 20 aprilie 2001), la Directiva nr. 2001/24/CE privind reorganizarea și falimentul (J.O.C.E. nr. L 125 din 5 mai 2001).

Este de remarcat faptul că, deși Legea nr. 85/2006 nu cuprinde o reglementare esențial diferită față de Legea nr. 64/1995, republicată în 2004 și modificată prin Legea nr. 249/2005^[1], legiuitorul a preferat să nu mai modifice vechea lege, care în viitor să fie, eventual, republicată a treia oară, ci a adoptat soluția pragmatică a operării modificărilor și completărilor într-o reglementare nouă, cu consecința adoptării unui alt act normativ, care a abrogat *in integrum* Legea reorganizării judiciare și a falimentului.

Ca atare, Legea nr. 64/1995 a fost abrogată prin Legea nr. 85/2006, lege care a adus unele noutăți, fără însă a oferi o concepție radical diferită față de legea anterioară.

Modificările care ar fi trebuit operate în textul Legii nr. 64/1995, republicată, ar fi fost multe și semnificative, iar potrivit prevederilor art. 3 alin. (1) și art. 59 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, „normele de tehnică legislativă sunt obligatorii la elaborarea proiectelor de lege și a propunerilor legislative, în cadrul exercitării inițiativei legislative, la elaborarea și adoptarea ordonanțelor și hotărârilor Guvernului, precum și la elaborarea și adoptarea actelor normative ale autorităților administrative autonome”, „modificarea sau completarea unui act normativ este admisă numai dacă nu se afectează concepția generală ori caracterul unitar al acelui act sau dacă nu privește întreaga ori *cea mai mare parte a reglementării în cauză; în caz contrar actul se înlocuiește cu o nouă reglementare, urmând să fie în întregime abrogat*”. De asemenea, potrivit alin. (2) al art. 59, „prevederile modificate sau care completează actul normativ trebuie să se integreze armonios în actul supus modificării ori completării, asigurându-se unitatea de stil și de terminologie, precum și succesiunea normală a articolelor”^[2].

Printre noutățile aduse de Legea insolvenței putem aminti introducerea unei proceduri simplificate aplicabilă comercianților persoane fizice și unor comercianți persoane juridice aflați în anumite situații speciale, precum și celor care prin cererea introductivă și-au declarat intenția de a intra în faliment sau care nu sunt îndreptățiți să beneficieze de procedura de reorganizare judiciară, degrevarea judecătorului-sindic de atribuțiile care exced sferei contenciosului și, prin aceasta, întărirea poziției sale de garant al legalității procedurii, creșterea responsabilităților administratorului judiciar și ale lichidatorului, implicarea mai intensă a creditorilor în procedură prin creșterea rolului adunării creditorilor și a comitetului creditorilor (acesta din urmă, în unele situații, dobândind chiar statut de organ deliberativ), simplificarea modalităților de citare, notificare și comunicare prin introducerea Buletinului procedurilor de insolvență, asigurarea unui echilibru mai bun între șansele de redresare și eliminarea de pe piață a agenților economici neviabili, îmbunătățirea eficienței procedurii și eliminarea unora dintre posibilitățile de tergiversare și utilizare abuzivă a acesteia, mai buna configurare a conceptului de reorganizare și asigurarea unei transparențe mai mari a procedurilor de vânzare în faliment.

Legea nr. 85/2006 a fost abrogată prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență^[3] (*Codul insolvenței*), ca urmare a nevoii resimțite atât în doctrină, cât și în jurisprudență, de echilibrare a pozițiilor ocupate de principalii

^[1] Legea nr. 249/2005 (M. Of. nr. 678 din 28 iulie 2005), chiar dacă are un articol unic, prin intermediul acestuia a adus 19 modificări Legii reorganizării judiciare și a falimentului, unele dintre ele fiind de substanță, în timp ce altele au fost doar de amănunt; pentru o analiză detaliată a modificărilor aduse prin acest act normativ, a se vedea I. Turcu, I. Ștefan, *Procedura insolvenței în permanentă reformă legislativă. Episodul V – Legea nr. 249/2005*, în R.D.C. nr. 11/2005, p. 9-18.

^[2] Pentru o analiză critică, din punct de vedere al tehnicii legislative utilizate la modificarea Legii nr. 64/1995 prin O.G. nr. 38/2002 și Legea nr. 149/2004, a se vedea I. Turcu, *Planul de redresare (...)*, p. 9-10.

^[3] M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

actori implicați în procedura insolvenței, a necesității de modernizare a legislației, pentru alinierea la tendințele actuale ale legislației europene, precum și pentru eficientizarea mecanismelor procedurale^[1].

2.5. Concepția și cadrul apariției Codului insolvenței

39. În primul rând, proiectul de modificare a legislației insolvenței a făcut parte din programul finanțat de Banca Mondială și Fondul Monetar Internațional, intitulat *Strengthening the Insolvency Mechanism in Romania*.

Astfel, o echipă de experți ai Băncii Mondiale au analizat, studiat și identificat principalele deficiențe în materia procedurilor de prevenție a insolvenței și de insolvență în România, elaborând ulterior o serie de recomandări în cadrul raportului intitulat *Report on the Observance of Standards and Codes. Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*.

Au fost inițiate discuții și consultări cu principalii reprezentanți ai domeniului în care insolvența, prin toate efectele sale, are un impact major sau o contribuție semnificativă, cum ar fi: domeniul bancar, societățile de leasing, reprezentanții creditorilor bugetari, reprezentanții mediului de afaceri, furnizorii de utilități, creditorii privați.

La scurt timp după ce proiectul a fost lansat în dezbateri publică^[2], considerând în esență că „actualul context economic impune luarea unor măsuri rapide pentru crearea premiselor legislative și administrative care să conducă la creșterea eficienței operatorilor economici, la creșterea siguranței circuitului economic și a atractivității investiționale a pieței românești”, Guvernul României a adoptat în procedură de urgență Ordonanța nr. 91/2013 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, care a intrat în vigoare la data de 4 octombrie 2013. Ordonanța a fost atacată la Curtea Constituțională de către Avocatul Poporului, care a criticat, în esență, încălcarea principiului securității juridice care trebuie privit în întreaga sa dimensiune, cuprinzând, în principal, următoarele exigențe: neretroactivitatea legii, accesibilitatea și previzibilitatea acesteia.

În concret, obiectul sesizării de neconstituționalitate a privit două articole:

a) articolul 81 alin. (3), care se referea la instituirea unei sancțiuni și anume suspendarea licenței audiovizuale ca urmare a deschiderii procedurii insolvenței și până la data confirmării planului de reorganizare;

b) dispozițiile art. 348 alin. (2), care prevedeau aplicarea imediată a dispozițiilor actului normativ și pentru procedurile de insolvență aflate în derulare la data intrării sale în vigoare (cu excepția celor prevăzute de art. 183-203).

Cu o opinie separată, Curtea Constituțională a admis sesizarea de neconstituționalitate a întregului act normativ, considerând că acesta nu conține numai simple norme de procedură, care să vizeze competența instanțelor judecătorești și care să fie, eventual, de imediată aplicare, ci și norme care produc efecte de ordin patrimonial, de multe ori cu caracter iremediabil. Tocmai pentru că, atât debitorul, cât și creditorul, trebuie să aibă reprezentarea clară a acțiunilor pe care le întreprind, precum și a efectelor acestora, legiuitorul constituant a interzis, cu valoare de principiu, aplicarea retroactivă a legii civile, pentru a se evita astfel de situații dăunătoare. De asemenea, s-a considerat că au fost

^[1] Cu privire la necesitatea introducerii noii legislații în materia insolvenței, a se vedea A.I. Șarcane, De ce este necesar Codul insolvenței?, în Phoenix nr. 47/2014, p. 4-5.

^[2] A se vedea, în acest sens, preambulul O.U.G. nr. 91/2013, în care această motivație constituie una dintre justificările elementelor de fapt și de drept ale situației extraordinare care, în viziunea Guvernului, a impus recurgerea la această cale de reglementare.

încălcate și cerințele Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, că nu sunt justificate condițiile cumulative ale existenței unei situații extraordinare, a cărei reglementare să nu poată fi amânată.

În aceste condiții, constatarea neconstituționalității prevederilor O.U.G. nr. 91/2013 *nu a avut ca urmare apariția unui vid legislativ*, ci s-a ajuns la reintrarea în fondul activ al legislației a actelor abrogate, după publicarea deciziei Curții Constituționale în Monitorul Oficial al României^[1].

40. Ulterior, proiectul legislativ a fost supus unei noi serii de consultări și dezbateri, în final intrând în procedura de adoptare în Senat și în Camera Deputaților, rezultând în final Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

O noua excepție de neconstituționalitate a fost ridicată ulterior publicării Legii nr. 85/2014^[2] de către un grup parlamentar format din 83 de deputați. În esență, au fost ridicate o serie de obiecții, privind: nerespectarea unor cerințe privind redactarea tezelor prealabile și elaborarea unui studiu de impact; acordarea unor marje prea largi de apreciere în sfera atribuțiilor practicianului în insolvență, prin posibilitatea acestuia de a decide înstrăinarea unor bunuri ale debitorului în perioada de observație, crearea unui tratament discriminatoriu creditorilor prin necesitatea plății unor taxe pentru accesarea Buletinului Procedurilor de Insolvență, crearea unui dezechilibru între interesele debitorului, interesele creditorilor anteriori deschiderii procedurii și creditorii curenți, prin acordarea posibilității acestora de a solicita trecerea la faliment, în cazul neplății creanțelor acestora, instituirea unui tratament privilegiat furnizorilor de utilități, de natură a conduce, în contrapondere, la eliminarea oricăror șanse de reorganizare ale unui debitor.

Prin Decizia nr. 283/2014, obiecția de neconstituționalitate a fost respinsă.

Apreciind la nivel global noul act normativ, considerăm că, de esența acestuia este identificarea unui echilibru între interesele debitorului și cele ale creditorilor, încercându-se o armonizare constructivă a acestora, temperând atât accesul prea facil al debitorului la confirmarea unui plan de reorganizare, cât și tendințele de manipulare a acestor proceduri în detrimentul creditorilor.

S-au avut în vedere și recente comunicări ale Comisiei Europene, prin care se solicită statelor membre încurajarea celei de a doua șanse pentru debitor, în sensul suportului acordat restructurării afacerii, de la un moment cât mai incipient, precum și facilitarea adoptării unui plan de reorganizare față de debitorii onești, viabili.

^[1] A se vedea, în acest sens, C.C., motivarea Deciziei nr. 447/2013, parag. vi.

^[2] M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

CAPITOLUL II. PRINCIPII. CARACTERE. SCOPUL ȘI OBIECTUL PROCEDURII INSOLVENȚEI

Secțiunea 1. Principiile procedurii insolvenței

1. Ca în orice materie, și în procedura insolvenței există unele principii, anumite idei diriguitoare al căror rol este acela de a guverna respectiva procedură și de a scoate în evidență trăsăturile sale specifice, pentru o mai bună înțelegere a reglementării.

În deplin acord cu acei autori care susțin și analizează *principiile procedurii insolvenței*, și noi considerăm că această materie cuprinde o serie de principii, unele dintre acestea fiind de această dată expres consacrate în Codul insolvenței, în timp ce altele se pot doar desprinde din ansamblul noului act normativ.

§1. Funcția integratoare a principiilor

2. Pentru prima dată de la apariția unei legi a insolvenței în dreptul românesc după 1989, Codul insolvenței stabilește un număr de 13 principii. Necesitatea edictării unor astfel de principii, ca norme fundamentale, care guvernează și subordonează normele subsecvente, derivă din unitatea logică a ordinii de drept, insolvența nefiind o excepție în această materie. Marele gânditor, filosof și jurist Hans Kelsen argumenta astfel: „Deoarece norma de bază este motivul de valabilitate al tuturor normelor ce aparțin de una și aceeași ordine de drept, ea constituie unitatea în varietate^[1]”.

Implementarea acestor principii se regăsește în întreaga structură normativă a Codului insolvenței, cu alte cuvinte, conceptele, instituțiile, regulile procedurale, întreaga „arhitectură a insolvenței” sunt subordonate și se interpretează din prisma acestor principii. Sursele de proveniență a acestor 13 principii fundamentale sunt următoarele: (i) Principiile World Bank, (ii) Principiile europene în materie de insolvență, precum și (iii) Ghidul legislativ UNCITRAL în materie de insolvență.

§2. Principiile World Bank

3. Principiile recomandate de Banca Mondială se regăsesc în cadrul documentului intitulat *The World Bank – 2011 Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*^[2] (Banca Mondială – Principiile aferente pentru efectivitatea procedurilor de insolvență și regimul juridic al creditorului/debitorului, 2011) și reflectă nivelul de *best practice* la nivel internațional, raportat la modalitățile de derulare a procedurilor de insolvență, în general.

Astfel cum este descris și în partea introductivă a *Principiilor World Bank*, acestea sunt destinate a fi un răspuns la solicitările comunității internaționale, confruntată cu o criză financiară a piețelor emergente, încă de la sfârșitul anilor 1990. Principiile au fost create ca un instrument de lucru cu un spectru larg de referință, de natură a sprijini

^[1] H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Ed. Humanitas, 2000, p. 249.

^[2] http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/ICRPrinciples_Jan2011.pdf.

țările implicate în eforturile lor de a evalua și îmbunătăți aspectele cheie generate de sistemele de drept comercial, fundamentale pentru un climat investițional securizat, în scopul promovării unei creșteri economice sănătoase. Ideea de bază a acestor principii derivă din faptul că sistemele naționale depind de factori structurali, instituționali, sociali și, nu în ultimul rând, umani, pentru a fundamenta o economie de piață eficientă.

Principiile sunt sintetizate în 4 capitole, astfel: (i) Cadrul legal de protecție a drepturilor creditorilor; (ii) Regulile de *risk-management*; (iii) Cadrul legal al procedurilor de insolvență și (iv) Reglementări instituționale. Elementele cheie avute în vedere în ceea ce privește protecția drepturilor creditorilor se axează în principal pe instituirea unui regim de încredere, stabil, de protecție a instrumentelor de creditare, de natură a minimiza riscul unor credite neperformante. De asemenea, în contrapondere, instituțiile financiare și investitorii ar trebui să fie protejați prin reguli clare, care să permită soluționarea de o manieră efektivă și promptă față de o situație de dezechilibru financiar a debitorului. Nu în ultimul rând, asigurarea protecției trebuie să însemne accesarea unor mecanisme transparente, cu un grad ridicat de previzibilitate și rezonabilitate, prin care să se obțină executarea garanțiilor individuale în cadrul procedurilor colective de insolvență.

§3. Principiile europene

4. Principiile legislației europene în materia insolvenței^[1] (denumite în continuare „Principiile europene”) au fost redactate de un grup de experți din cadrul Institutului internațional de insolvență. Expunerea de motive a acestor *Principii europene* pornește de la întrebarea firească: „De ce nu a existat un deziderat pentru edictarea unei singure legi a procedurii de insolvență, aplicabilă întregului teritoriu al Uniunii Europene?”. Răspunsul este unul singur: diversitatea. S-a argumentat astfel că ar fi fost mult prea dificil să se implementeze o procedură universală, fără a modifica, în legislația statelor membre, drepturile și garanțiile preexistente, specifice unui întreg sistem de drept.

Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 coordonează un număr de 54 de tipuri de proceduri de insolvență. Autorii au arătat faptul că Principiile Europene sunt rezultatul unei analize unitare, trecând peste diferențele de structură, scop, concepte și formulări. Principiile se doresc a fi „esența procedurilor europene de insolvență, reflectând, la un nivel abstract, caracteristicile comune ale legislațiilor statelor membre”.

Cele 14 capitole ale Principiilor europene conțin reguli clare, concise, bazate pe logica și scopul procedurii de insolvență, și se referă la procedurile de insolvență în general, instituțiile și participanții implicați în procedură, efectele deschiderii procedurii, administrarea activelor, atribuțiile și remunerația practicianului în insolvență, tratamentul creanțelor, poziția angajaților, revocarea unor acte încheiate de debitor, regimul garanțiilor, cererile de admitere a creanțelor, reorganizarea, lichidarea, închiderea procedurii și dreptul de administrare al debitorului. Experții care au redactat aceste principii menționează chiar faptul că începe a se contura ideea unui *Cod european al insolvenței*, în care ar putea fi colectate Principiile, comentariile și rapoartele naționale transmise de statele membre, în aplicarea acestora.

^[1] <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/39/405.html>.

§4. Ghidul legislativ UNCITRAL în materie de insolvență

5. Gândit ca un instrument structural, cuprinzând o selecție a principiilor directoare și a obiectivelor care ar trebui să se reflecte în toate legislațiile în materie de insolvență, *Ghidul legislativ UNCITRAL*^[1] cuprinde 4 părți. Prima și cea de-a doua parte a Ghidului au fost adoptate în anul 2004, referindu-se la definirea obiectivelor principale și a structurii unei proceduri de insolvență efective și eficiente, precum și la principiile care guvernează astfel de proceduri, raportându-se la debitor ca la o entitate individuală. Partea a treia a Ghidului, adoptată în anul 2010, se referă la reglementarea insolvenței grupului de societăți^[2], atât naționale, cât și internaționale, precum și a acelor entități care pot fi privite și analizate ca un grup de societăți. Partea a patra a Ghidului a fost adoptată recent, în anul 2013, și se referă la obligațiile care ar trebui impuse persoanelor care sunt responsabile pentru deciziile unei societăți aflate în iminența insolvenței. Rațiunea instituirii unor astfel de obligații derivă din protejarea intereselor creditorilor, prin minimizarea efectelor financiare agravante, în această perioadă extrem de sensibilă a vieții societare.

Principalele obiective avute în vedere și recomandate a fi implementate în cadrul legislației pentru entitățile individuale aflate în procedură de insolvență sunt următoarele^[3]:

- a) inducerea unui grad de siguranță la nivelul pieței relevante, pentru promovarea stabilității și a dezvoltării economice;
- b) maximizarea valorii activelor debitorului;
- c) menținerea unui echilibru între lichidare și reorganizare;
- d) asigurarea unui tratament echitabil creditorilor din aceeași categorie;
- e) asigurarea pronunțării unei deschideri de procedură de o manieră eficientă, imparțială și într-un termen rezonabil;
- f) crearea unui regim juridic al activelor de natură a asigura distribuții echitabile între creditori;
- g) asigurarea unei legislații transparente și *predictibile*, mizând pe colectarea și distribuirea de informații utile și relevante în procedură;
- h) recunoașterea drepturilor creditorilor și stabilirea unor reguli clare în ceea ce privește categoriile de creditori;
- i) stabilirea unui cadru legal în ceea ce privește insolvența transfrontalieră.

§5. Reflectarea principiilor fundamentale în cuprinsul Codului insolvenței

6. Cele 13 principii fundamentale inspirate din surse primare sau derivate de drept trebuie înțelese în mod dinamic, pentru că ele se regăsesc pe întreg parcursul Codului Insolvenței, la nivelul noilor reguli și concepte procedurale. Cu alte cuvinte, pentru a conferi mai mult decât o „stare fluidă” acestor principii, în sensul arătat în doctrină^[4] („Dreptul nu poate rămâne în stare fluidă, el trebuie să se materializeze în formule, care

^[1] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

^[2] Prin noțiunea de „grup de societăți/intreprinderi” se înțelege un număr de două sau mai multe întreprinderi care sunt interconectate printr-un control sau printr-o deținere unică a participațiilor societare.

^[3] Legislative Guide on Insolvency Law, United Commission on International Trade Law, New York, 2005.

^[4] În acest sens, J. Gaudement, *L'élaboration de la règle en droit et les données sociologiques*, în *Méthode sociologique et droit*, Paris, p. 28.

sunt opera tehnicienilor”), acestea *fac legătura dintre starea de drept și cea de fapt*, adică integrează realitatea practică a procedurilor de insolvență.

În continuare, vom exemplifica modul de reflectare a acestor principii în Codul insolvenței, prin prezentarea în concret a noutăților introduse de acest act normativ.

5.1. Maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor

5.1.1. Posibilitatea formulării cererilor de ordonanță președințială pentru prevenirea executării silite a debitorului anterior deschiderii procedurii – art. 66 alin. (11)

7. Unul dintre principiile de referință ale Băncii Mondiale (*Key Objectives and Policies*) îl constituie prevenția dezmembrării premature și prejudiciabile a averii debitorului, de către creditorii individuali, care caută, de cele mai multe ori, o soluție facilă și rapidă – Part. C, C1, lit. (viii).

Conceptul de „*avere a debitorului*” este statuat în cadrul definițiilor Codului insolvenței, în cadrul art. 5 pct. 5, ca fiind „totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite potrivit Codului de procedură civilă”. Definiția nu este nouă, ea fiind preluată din art. 3 pct. 2 din Legea nr. 85/2006. Cu toate acestea, în concepția Codului Insolvenței, aceasta a căpătat un caracter *dinamic* și *evolutiv*, astfel cum vom demonstra în cele ce urmează.

Astfel, s-a considerat că „înghețarea” averii debitorului la data deschiderii procedurii insolvenței, conferită de suspendarea *ope legis* a executărilor sau urmăririlor silite (art. 75 din Codul insolvenței – preluarea conceptului de *automatic stay* din dreptul european al insolvenței^[1]) nu este suficientă, putând fi târzie și ineficientă. În acest sens, a existat recomandarea posibilității formulării unor cereri preventive, de natură a conduce la protecția averii debitorului, prin împiedicarea dezmembrării sale premature, chiar anterior deschiderii procedurii de insolvență.

Acesta este sensul introducerii dispozițiilor art. 66 alin. (11): „După depunerea cererii de deschidere a procedurii, în cazuri urgente, care ar pune în pericol activele debitorului, judecătorul-sindic poate dispune de urgență, în camera de consiliu și fără citarea părților, *suspendarea provizorie a oricăror proceduri de executare silită* a bunurilor debitorului până la pronunțarea hotărârii cu privire la respectiva cerere”. De o asemenea manieră se poate asigura în mod real o maximizare a averii debitorului, prin protecția creditorilor concursuali de executări individuale, de natură a conduce la pierderea unor active esențiale unei proceduri de reorganizare (active tip *core-business*).

[1] În cadrul Raportului de uniformizare a legislației insolvenței a statelor membre UE, acest principiu este considerat un obiectiv major al oricărei proceduri de insolvență („*The general stay of the creditor's powers to assert and enforce their rights after the commencement of insolvency and reorganization proceedings*” – „Stoparea generală a drepturilor creditorilor de a realiza și executa silit drepturile împotriva debitorului, după deschiderea procedurii de insolvență”).

5.1.2. Posibilitatea formulării și de către creditorii a cererilor de ordonanță președințială pentru prevenirea înstrăinării de bunuri, până la pronunțarea asupra deschiderii procedurii – art. 70 alin. (5)

8. Pentru aceleași rațiuni cu cele prezentate mai sus, instituția acestor cereri preventive a fost creată, în mod simetric și uniform, și pentru apărarea de către creditorii a averii, anterior pronunțării judecătorului-sindic în privința cererii debitorului de deschidere a procedurii de insolvență.

5.1.3. Maximizarea recuperării creanțelor prin distribuții către creditorii, rezultate din reușita acțiunilor revocatorii

9. Este cert faptul că, prin intermediul acestor acțiuni revocatorii falimentare, se pot aduce în averea debitorului bunuri sau valori, înstrăinate în perioada suspectă și care pot contribui decisiv la o îndeplinire superioară a creditorilor.

Sub regimul Legii nr. 85/2006, o creștere a procentului de îndeplinire a creditorilor în ipoteza unei reorganizări se obține doar în cazul în care astfel de acțiuni sunt promovate și admise – rapid – în perioada de observație. În caz contrar, dacă planul de reorganizare confirmat prevede un *hair-cut* (adică o defavorizare spre zero a creanțelor), interesul promovării unor astfel de acțiuni se lovea de întrebarea firească: „Către cine se distribuie sumele de bani obținute din reușita unor astfel de acțiuni?”. Rațiunea acestei întrebări, transpusă la nivel juridic prin condiția interesului procesual, derivă din faptul că:

- odată confirmat planul de reorganizare, diminuările sau eliminările creanțelor erau ireversibile, pentru că, în ipoteza eșuării planului, falimentul se declanșa pe baza unui tabel definitiv consolidat, care avea drept bază de plecare – pentru creanțele anterioare – programul de plăți, adică creanțele astfel eliminate; în acest sens, dispozițiile art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 stabilesc astfel: „Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător; creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan”.

- a ajunge la distribuții către acționari pare atât injust, cât și inechitabil, întrucât o astfel de acțiune, de esența ei sancționatorie față de o anumită categorie de participanți la procedura de insolvență, ajunge să conducă la distribuții tocmai către acești participanți.

Noul Cod al insolvenței a schimbat însă, la nivel primordial, optica în privința momentului la care operează descărcarea de obligații prin planul de reorganizare confirmat, acesta fiind cel al reușitei planului. În caz contrar, orice eliminare sau, după caz, diminuări de creanță revin în poziția inițială, lăsând valorificările în faliment să decidă cu cât anume se pot îndeplini creanțele masei credale.

Cu alte cuvinte, efectul „descărcării” este unul condițional, condiția fiind îndeplinită și pasivul astfel diminuat fiind efectiv „remis de datorie” abia la momentul succesului planului de reorganizare – art. 140 alin. (1) teza finală: „În cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului, scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare”.

Or, pe acest nou tărâm de acțiune, *acțiunea revocatorie falimentară* dobândește deplin interes a fi exercitată și în condițiile unei reorganizări, în acest sens dispozițiile corelative ale Codului insolvenței fiind următoarele: „Dacă după confirmarea planului de reorganizare se vor recupera sume suplimentare din acțiuni introduse în temeiul art. 117

(acțiunile revocatorii falimentare – *n.n.*), acestea se vor distribui în modul prevăzut de art. 163” [art. 140 alin. (2)]. Dispozițiile art. 163, la care trimit cele ale art. 140 alin. (2), prevăd regulile de distribuție generale, aplicabile în materie de lichidare, adică: *pro rata*, în cadrul aceleiași categorii, iar apoi *pari passu*, adică distribuția pe categoria inferioară numai după deplina acoperire a creanțelor din categoria superioară.

5.1.4. Maximizarea recuperării creanțelor prin recuperarea prejudiciului produs de administratorul special, prin nerespectarea limitelor dreptului său de administrare

10. Instituția atragerii *răspunderii administratorului special* este o noutate a Codului insolvenței, venită pe tărâmul unui vid legislativ al răspunderii debitorului sau, după caz, a celui care reprezintă debitorul, ulterior deschiderii procedurii. În concret, exista sancțiunea instituită prin dispozițiile art. 46 din Legea nr. 85/2006, care instituia o nulitate absolută în privința tuturor actelor, operațiunile și plăților efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii, care excedeau activității curente, fără aprobarea comitetului creditorilor sau autorizarea judecătorului-sindic.

Cu toate acestea, prejudiciul produs de administratorul special prin încălcarea, în concret, a acestor restricții nu putea fi recuperat, pentru că dispozițiile art. 138, care se refereau la răspunderea persoanelor care au cauzat insolvența, aveau în vedere – drept ipoteză de aplicare – doar acte și fapte anterioare deschiderii procedurii.

Tocmai de aceea, rațiunea existenței funcției de administrator special a trebuit justificată și din perspectiva *reversului dreptului de administrare*. Astfel, administratorul special este direct răspunzător patrimonial, pentru acoperirea prejudiciului produs prin nerespectarea tipului de acte și operațiuni pe care le poate exercita în procedură (acte de administrare curentă, respectiv acte de dispoziție), prin dispozițiile art. 84 alin. (2) din Codul insolvenței: „Administratorul special desemnat într-o procedură de insolvență răspunde pentru încălcarea dispozițiilor art. 87, judecătorul-sindic, la cererea administratorului judiciar, a adunării creditorilor, formulată de președintele comitetului creditorilor sau de un alt creditor desemnat de aceasta, sau la cererea creditorului ce deține 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, putând dispune ca o parte din pasivul astfel produs să fie suportat de către administratorul special, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate”.

Finalitatea răspunderii administratorului special este astfel asigurată prin completarea averii debitorului și repartitia corespunzătoare către creditorii a sumelor obținute prin aplicarea instituției răspunderii.

5.2. Acordarea unei șanse debitorilor, pentru redresarea eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare

5.2.1. Reducerea procentului de omologare a concordatului preventiv, de la 80% la 75% și simplificarea procedurii, prin eliminarea etapei „constatării” concordatului

11. În primul rând, se impune a fi subliniat, încă de la început, faptul că încurajarea *procedurilor de prevenire a insolvenței* reprezintă o obligație impusă statelor membre de către Comisia Europeană, în cadrul Comunicării emise în luna martie a anului 2014, intitulat *Commission recommends new approach to rescue business and give honest*

entrepreneurs a second chance – Comisia Europeană recomandă o nouă abordare, pentru salvarea afacerii și acordarea antreprenorilor onești a celei de a doua șanse.

Printre obligațiile trasate Statelor Membre, cu termen de implementare de maximum 1 an, sunt și cele constând în: (i) facilitarea restructurării afacerii, la un moment cât mai devreme posibil; (ii) acordarea permisiunii restructurării în afara instanței – așa-numitele proceduri de prevenire a insolvenței și (iii) acordarea posibilității de suspendare temporare a executărilor creditorilor, în cadrul acestor proceduri de prevenire a insolvenței.

În România, reușitele procedurilor de concordat sunt extrem de reduse, motivația fiind aceea a inexistenței unei „culturi de negociere out-of-court”. Tocmai de aceea, considerându-se că procedurile de prevenire trebuie și merită a fi încurajate, remediile introduse sunt:

a) unificarea procedurilor de constatare și omologare a concordatului, prin păstrarea doar a celei de omologare;

b) reducerea procentului necesar omologării concordatului de către judecătorul-sindic, de la 80% din valoarea totală a creanțelor la 75% din creanțele acceptate și necontestate;

c) creșterea duratei procedurii de concordat, de la maximum 24 de luni, în sistemul Legii nr. 381/2009 (18 luni de la data încheierii, cu posibilitate de prelungire cu încă 6 luni), la 24 de luni de la data omologării, cu posibilitate de prelungire cu încă 12 luni;

d) nu se mai impune un plafon minimal de satisfacere a creanțelor (astfel cum era reglementat în sistemul Legii nr. 381/2009, și anume 50%).

5.2.2. Eliminarea sancțiunii decăderii debitorului din dreptul de a propune un plan de reorganizare dacă i se respinge contestația la cererea de deschidere a procedurii

12. În reglementarea Legii nr. 85/2006, debitorul care formula *contestația împotriva cererii unui creditor privind deschiderea procedurii de insolvență* era drastic sancționat în ipoteza în care această contestație se respingea. În concret, pierdea însuși dreptul de a solicita reorganizarea. Deși rațiunea acestui text era bazată pe stoparea practicilor abuzive ale debitorului care, prin formularea de contestații, reușea să tergiverseze momentul deschiderii procedurii, obținând, între timp, efectul unor valorificări a activelor sale în dauna creditorilor, s-a ajuns în final la conștientizarea faptului că o astfel de sancțiune este *excesivă*.

Nu se poate trata în mod nediferențiat și uniform un debitor care contestă cererea de deschidere a insolvenței, crezând, cu bună-credință, în justetea apărărilor formulate, raportat la un debitor care înțelege realitatea, însă încearcă a obține, atât cât mai reușește, avantaje injuste și speculative din formularea unei astfel de contestații. Alegându-se dintre cele două posibile soluții cea care, cel puțin în realitatea actuală, este de natură a produce mai puține efecte adverse, legiuitorul Codului insolvenței a optat pentru acordarea șansei debitorului de a solicita reorganizarea, chiar în ipoteza în care contestația sa este respinsă și se deschide procedura insolvenței la cererea creditorului sau a creditorilor săi.

5.2.3. Folosirea unor resurse financiare pentru continuarea afacerii în perioada de observație care formează obiectul unor cauze de preferință, în caz de refuz al creditorului beneficiar, prin autorizarea de către judecătorul-sindic – art. 75 alin. (7) și (9)

13. În primul rând, trebuie observată atent construcția juridică și interpretarea sistematică a normei, și anume:

– existența regulii, și anume faptul că sumele de bani existente în contul debitorului la data deschiderii procedurii și asupra cărora este constituită o ipotecă mobilă, precum și garanțiile în numerar (*cash collateral*) vor fi distribuite, la simpla cerere a creditorului, de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar creditorului titular al ipotecii mobiliare, pentru acoperirea creanțelor exigibile ale acestuia, în termen de 5 zile de la cererea creditorului;

– excepția o constituie situația în care (i) aceste sume sunt necesare, în tot sau în parte, pentru continuarea afacerii în perioada de observație și (ii) creditorul beneficiar al garanției respective refuză să-și dea acordul în acest sens.

Numai în această situație, *ca excepție de la regulă*, se poate cere autorizarea judecătorului-sindic pentru folosirea acestor sume de bani în procedură. Mai mult decât atât, o astfel de autorizare se poate acorda numai prin instituirea unei *protecții corespunzătoare* față de creditorul beneficiar al respectivei *cauze de preferință*, prin aplicarea în mod direct a dispozițiilor art. 87 alin. (3) din Codul insolvenței.

Rațiunea instituirii acestor texte are în vedere faptul că, indiscutabil, derularea activității operaționale curente este imposibilă fără asigurarea lichidităților necesare. Este evident faptul că existența unui creditor beneficiar al unei ipotecii mobiliare pe sumele de bani din conturile debitorului poate complica lucrurile, prin nașterea unui potențial conflict între interesele debitorului (și, implicit, ale celorlalți creditori, care ar dori restructurarea) și interesele creditorului garantat. S-a încercat astfel crearea unui echilibru între aceste interese, de natură a permite atât continuarea activității curente, prin evitarea unui blocaj generalizat și iremediabil, cât și protejarea intereselor acestui creditor, prin acordarea protecției corespunzătoare.

5.2.4. Interdicția împiedicării debitorului de a participa la licitații, pentru motivul deschiderii procedurii – art. 77 alin. (6)

14. Textul nou introdus este următorul: „Debitorul aflat în procedura insolvenței nu poate fi împiedicat să participe la licitații publice pentru motivul deschiderii procedurii”. La o primă analiză, acest text poate părea inutil față de generalitatea protecției acordate debitorului, în perioada de observație și în cea de reorganizare, protecție menținută prin dispozițiile art. 341 din Codul insolvenței^[1] („Orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă”).

Cu toate acestea, față de multitudinea și diversitatea situațiilor raportate în practică, în care debitorul era împiedicat să participe la licitații, cu motivația stării sale de insolvență, s-a optat pentru introducerea unei astfel de protecții speciale.

^[1] Textul în discuție reia dispozițiile fostului art. 154² din Legea nr. 85/2006.

5.3. Asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri

5.3.1. Termenul de convocare a adunării creditorilor este de cel puțin 5 zile anterior datei ședinței, cu obligația de a se depune convocatorul la BPI cu 3 zile anterior datei la care trebuie efectuată publicarea – art. 48 alin. (1)

15. Instituirea unui termen minimal de 5 zile între data publicării convocatorului în BPI și data la care are loc ședința adunării creditorilor are la bază motivația asigurării unui *vot informat*. Cu alte cuvinte, efectivitatea participării active la derularea procedurii de insolvență nu poate fi asigurată decât prin acordarea unui timp suficient de analiză, pe marginea ordinii de zi, în vederea asumării unei decizii în cunoștință de cauză.

Protecția astfel asigurată trebuie privită în strânsă corelație cu reversul acesteia, și anume posibilitatea conferită judecătorului-sindic de a substitui pasivitatea decizională a unor creditori care, deținând ponderea de *quorum* și vot, blochează luarea deciziilor în două adunări de creditori sau comitete de creditori, cu aceeași ordine de zi – art. 45 alin. (1) lit. o) din Codul insolvenței.

De asemenea, este obligatoriu ca pe ordinea de zi a primei ședințe a adunării creditorilor să figureze confirmarea sau desemnarea practicianului în insolvență definitiv – art. 57 alin. (2).

5.3.2. Elemente minimale, conținute de rapoartele de activitate și posibilitatea de contestare a acestora de la data publicării – art. 5 pct. 28 și art. 59 alin. (6)

16. Anumite informații au fost considerate drept esențiale pentru asigurarea unui tratament corect și transparent față de creditori, și anume:

- persoanele de specialitate desemnate în procedură, precum și onorariul acestora;
- actele de dispoziție asupra averii debitorului și documentele încheiate în acest sens, inclusiv procesul-verbal de adjudecare sau contractul de vânzare, după caz;
- încheierea, modificarea sau încetarea unor contracte la care debitorul este parte;
- situația încasărilor și plăților, în sinteză;
- promovarea acțiunilor revocatorii falimentare sau a acțiunilor în atragerea răspunderii personale a fostelor organe de conducere ale debitorului;
- măsuri privind acordarea unei protecții corespunzătoare creditorului care beneficiază de o cauză de preferință;
- stadiul efectuării inventarierii, dacă este cazul.

Menționăm faptul că, potrivit dispozițiilor art. 101 alin. (1) din Codul insolvenței, durata în care trebuie finalizată inventarierea în procedura de observație este de 60 de zile, cu posibilitatea prelungirii acestui termen, pentru cazuri temeinice, de către judecătorul-sindic. De asemenea, pentru asigurarea efectivității dreptului de a formula contestație, termenul de atacare a acestor *rapoarte de activitate* curge de la data publicării în BPI, iar nu de la data depunerii lor la dosarul cauzei, astfel cum era reglementat prin dispozițiile art. 21 alin. (3) din Legea nr. 85/2006.

5.3.3. Publicarea unui anunț privind rapoartele de evaluare, posibilitatea studierii și a formulării de obiecțiuni la acestea – art. 58 alin. (1) lit. q), art. 62 alin. (2)

17. Efectuarea evaluărilor reprezintă un act procedural de maximă importanță în procedura insolvenței. Rezultatele acestora reprezintă o primă estimare a gradului de recuperare în procedură. Pe de altă parte, de rezultatul acestor evaluări depinde modul de exercitare a mai multor drepturi procedurale, cum ar fi:

- ponderea creanței creditorului garantat în tabelul definitiv și, în consecință, procentul de vot;
- ponderea creanței creditorului garantat în categoria creanțelor garantate, cu impact în ceea ce privește votul aferent planului de reorganizare;
- determinarea punctului de plecare al valorificării.

Ca atare, este evident faptul că persoana interesată deține un drept de legitim de a cunoaște, și, după caz, de a contesta modul în care specialistul a ajuns la respectivele valori.

În privința regimului juridic de exercitare a acestor drepturi, trebuie făcute următoarele observații:

- practicianul în insolvență are obligația de a publica un anunț privind depunerea la dosar a raportului de evaluare, în termen de 2 zile de la depunere;
- obiecțiunile se formulează în termen de maximum 5 zile de la publicarea în BPI a anunțului;
- calitate procesuală activă în formularea de obiecțiuni dețin atât practicianul în insolvență, cât și creditorii;
- judecătorul-sindic, soluționând obiecțiunile, va putea obliga evaluatorul să răspundă la obiecțiuni, având posibilitatea de a dispune inclusiv efectuarea unei noi evaluări;
- în procedura de lichidare, raportul de evaluare va putea fi studiat în locația indicată prin anunț de către lichidatorul judiciar.

5.3.4. Obligația debitorului de a pune la dispoziția creditorului care deține cel puțin 20 % din valoarea totală a creanțelor toate informațiile și documentele necesare – art. 82 alin. (1)

18. Șansa unei reorganizări nu este acordată doar debitorului, pentru că și pentru creditorii o astfel de opțiune poate reprezenta un deziderat. Tocmai de aceea, calitate procesuală activă în formularea unui plan de reorganizare are și creditorul/creditorii care dețin cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv.

Cu toate acestea, pentru a conferi efectivitate și consistență acestui drept, este firesc ca acest creditor/acești creditorii să aibă acces la informațiile considerate relevante întocmirii și structurării unui asemenea *plan de reorganizare*. Ca atare, în cadrul dispozițiilor art. 82 alin. (1) din Codul insolvenței, este reglementată obligația debitorului de a pune la dispoziția acestui creditor toate informațiile și documentele apreciate ca fiind necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, inclusiv lista plăților efectuate în ultimele 6 luni și a transferurilor patrimoniale efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii. Sancțiunea instituită pentru cazul refuzului de îndeplinire a acestei obligații este cea a ridicării dreptului de administrare.

5.4. Acordarea unui tratament egal creditorilor de același rang

5.4.1. *Suportarea de către creditorii beneficiari ai unor cauze de preferință, pro rata, a cheltuielilor de procedură efectuate de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar și a remunerațiilor persoanelor angajate – art. 159 alin. (1) pct. 1 și art. 161 pct. 1*

19. Din perspectiva creditorilor care nu beneficiau de *cauze de preferință*, adică a creditorilor *chirografari*, și în sistemul Legii nr. 85/2006 aceste cheltuieli erau oricum considerate prioritare și ocupau o ordine superioară de îndeplinire. Noutatea reglementării rezidă în suportarea și de către creditorii garantati, în sistem *pro rata*, raportat la valoarea *tuturor* bunurilor din averea debitorului, a acestor cheltuieli și remunerații.

5.4.2. *Posibilitatea expresă a creditorilor de a prelua în contul creanței bunurile debitorului, cu respectarea ordinii de prioritate prevalente, atât pe orizontală, cât și pe verticală – art. 175 alin. (3)*

20. Instituția *preluării în contul creanței*, deși nereglementată expres în materia insolvenței, era destul de des întâlnită în practică. Întrebarea care se ridica era aceea a sumelor pe care acest creditor ar trebui să le achite, în vederea preluării bunului, pentru a nu se încălca principiile concursualismului (*pro rata*) și al priorității de rang (*pari passu*).

Soluția este dată de analogia cu situația în care un terț ar adjuca efectiv acel bun, raportat la sumele care se achită astfel creditorilor, până când și în măsura în care ajung spre îndeplinirea și a creditorului interesat în preluare. Bineînțeles că logica raționamentului aplicabil este aceeași, indiferent dacă creditorul este sau nu garantat în privința bunului respectiv, ceea ce diferă este numărul și poziția cheltuielilor/creanțelor care trebuie achitate, tocmai în vederea adjudecării.

Dispozițiile art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței explică în mod exact aceste situații: „Bunurile vor putea fi distribuite creditorilor în contul creanțelor pe care le dețin împotriva averii debitorului, în urma unei propuneri a creditorului, cu obligația acestuia de a achita toate sumele ce ar fi fost datorate creditorilor aflați pe ordinele de prioritate anterioare, precum și celor de pe aceeași ordine de prioritate, potrivit prevederilor art. 159 și art. 161, în situația în care bunul ar fi fost vândut către un terț. Dacă sunt mai multe propuneri, bunul se va distribui celui care oferă cel mai mare preț, caz în care creanța respectivului creditor se va scădea din prețul datorat”.

5.4.3. *Tratament corect și echitabil – prevederea aceluiași tratament pentru fiecare creanță din categorie, cu excepția rangului diferit al cauzelor de preferință – art. 139 alin. (2) lit. d)*

21. Noutatea față de textul normativ similar al art. 96 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 o reprezintă distincția în privința *rangului diferit al cauzelor de preferință*. Situația practică care a necesitat această modificare legislativă derivă din ipoteza acordării – dintr-un exces de protecție – aceluiași tratament, în cadrul întregii categorii de creanțe garantate, fără a se avea în vedere faptul că unele dintre aceste creanțe pot fi prioritare altora, din perspectiva rangului. Cu alte cuvinte, prin faptul creării – în mod nediferențiat –

a tratamentului uniform și egalitar față de toți creditorii garantați din categorii, fără distincție de rang, se încălca ordinea de prioritate *pari passu*.

Forma art. 139 alin. (2) lit. d) din Codul insolvenței a remediat tocmai această inechitate: „planul prevede același tratament pentru fiecare creanță în cadrul unei categorii distincte cu excepția rangului diferit al celor beneficiare a unor cauze de preferință, precum și în cazul în care deținătorul unei creanțe consimte la un tratament mai puțin favorabil pentru creanța sa”.

5.5. Asigurarea unui grad ridicat de transparență și previzibilitate a procedurilor

5.5.1. Prevalența sediului social stabil pentru deschiderea procedurii (6 luni anterior depunerii cererii), în detrimentul celui obținut prin „delocalizări” intenționate – art. 41 alin. (1)

22. În materie de insolvență, constituie o regulă de competență teritorială exclusivă stabilirea jurisdicției raportat la *sediul social* al debitorului. Observată cu predilecție în situația insolvențelor cu element de extraneitate, încercarea „delocalizării” sediului social al debitorului pentru obținerea unei jurisdicții mai favorabile (așa-numitul *forum shopping*), din perspectiva dreptului național al insolvenței, a fost sesizată și în materia insolvențelor noastre tradiționale. Astfel, debitorul își schimba în mod formal sediul social într-o altă localitate, fie pentru obținerea unor avantaje locale, fie chiar pentru motivul costurilor mai ridicate pe care le-ar fi înregistrat creditorii săi, cu efectul scăderii interesului acestora de a se implica în mod activ în procedură.

Tocmai de aceea, pentru paralizarea unor astfel de manevre, dispozițiile art. 41 alin. (1) din Codul insolvenței stabilesc conceptul de „continuitate” a sediului social, pentru determinarea competenței teritoriale a deschiderii procedurii: „Toate procedurile prevăzute de prezentul capitol, cu excepția apelului, sunt de competența tribunalului sau, dacă este cazul, a tribunalului specializat în a cărui circumscripție debitorul și-a avut sediul social/profesional cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței”.

5.5.2. Prevalența cererii creditorului față de cea a debitorului în ceea ce privește desemnarea practicianului provizoriu: art. 66 alin. (6) și (7) raportat la art. 57 alin. (1)

23. În practică, erau dese situațiile în care *cererea creditorului de deschidere a procedurii*, față de care debitorul formula contestație și apărări împotriva stării de insolvență, era „devansată” prin formularea mai rapidă de către debitor a propriei cereri, datorită termenului mult mai scurt de soluționare (5 zile). Astfel se ajungea la un joc sinuos, în care nu mai conta temeinicia cererii sau momentul apariției stării de insolvență efective, ci doar cine reușea primul să deschidă procedura: creditorul sau debitorul.

De aici și instituția – considerată uneori hibridă și inadmisibilă – a cererilor de intervenție a creditorilor direct în cererea debitorului. Miza era una singură, și anume desemnarea practicianului în insolvență provizoriu, datorită anumitor acte procedurale pe care acesta urma a le face, anterior convocării primei adunări a creditorilor și a eventualei sale înlocuiri cu un practician în insolvență definitiv.

Pentru a tempera această cursă contra cronometru în deschiderea procedurii, Codul insolvenței a introdus *regula prevalenței cererii creditorului față de cea a debitorului*: „La

înregistrarea cererii, serviciul de registratură va efectua verificări, din oficiu, cu privire la existența pe rol a unor alte cereri de deschidere a procedurii formulate anterior de creditori. În cazul în care sunt înregistrate cereri formulate de creditori, se soluționează cererea debitorului în procedură necontencioasă, prin aceeași încheiere judecătorul dispunând conexarea cererilor creditorilor, care în cazul deschiderii procedurii devin declarații de creanță, iar dacă se respinge cererea debitorului, se soluționează potrivit art. 72 și următoarele.

Dacă, ulterior înregistrării cererii debitorului, dar înainte de soluționarea acesteia, sunt formulate cereri de deschidere a procedurii de către creditori, acestea se vor înregistra direct la cererea formulată de debitor. În acest scop, serviciul de registratură va efectua verificări, din oficiu, la data înregistrării cererilor și va înregistra cererile la dosarul ce are ca obiect cererea formulată de debitor. În această situație, se va proceda la soluționarea în procedură necontencioasă a cererii debitorului. În cazul admiterii acesteia, cererile creditorilor se vor califica drept declarații de creanță, iar în cazul respingerii sale, se vor soluționa cererile creditorilor, potrivit art. 72 și următoarele”.

5.5.3. Asigurarea unui vot potrivit regulilor unui vot real, conform și just – art. 49 alin. (3) și (4), art. 108 alin. (2); art. 109 alin. (1); art. 51 alin. (5) și (7)

24. Prin regula *votului real* se înțelege refacerea *votului în adunarea creditorilor* în ipoteza în care (i) votul a fost anterior viciat, prin introducerea/eliminarea unei creanțe și (ii) votul astfel viciat ar fi putut conduce la adoptarea unei alte hotărâri. Judecătorul-sindic poate decide anularea, în tot sau în parte, a unei astfel de hotărâri. Astfel, a fost introdus un remediu real și efectiv față de hotărârile adoptate prin votul unor creanțe invalidate ulterior, ideea fiind aceea a responsabilizării deciziilor în procedură.

Rațiunea are la bază principiul *protecției drepturilor câștigate și efectivitatea acestora*. Cu toate acestea, față de posibila existență a unor contractanți de bună-credință, care, fără a cunoaște posibilitatea desființării, de exemplu, a unei măsuri de valorificare, asumă obligații contractuale, s-a lăsat la decizia judecătorului-sindic *opțiunea* anulării, în tot sau în parte, a respectivei decizii, în funcție de toate aceste elemente.

Prin regula *votului conform* se înțelege modificarea corespunzătoare a tabelului de creanțe, pentru cazul stingerii totale sau parțiale a creanțelor. De asemenea, tot în cuprinsul acestei reguli se încadrează și obligația creditorului de a raporta orice încasare de la codebitor sau fideiusr în termen de 3 zile de la data încasării.

Nu în ultimul rând, votul condiționat este considerat vot negativ, regulă care a venit să clarifice sistemul – de altfel logic – al opțiunilor conferite creditorilor, pe marginea ordinii de zi. În egală măsură, trebuie avut în vedere faptul că și ordinea de zi ar trebui să se refere la chestiuni clare, concise și suficient de cuprinzătoare, de natură a putea forma obiectului unui vot în sens afirmativ sau negativ.

Regula *votului just* se referă la situația votului în comitetul creditorilor, din partea unui creditor aflat în conflict de interese. Astfel, a fost introdusă o sancțiune efectivă, și anume posibilitatea anulării deciziei aceluși comitet de creditori. Mai mult decât atât, rațiunea normei a fost dusă până în finalitatea sa, astfel încât votul repetat în conflict de interese conduce la înlocuirea creditorului din comitet, de către judecătorul-sindic, la cererea oricărui creditor interesat.

5.5.4. Durata perioadei de observație este de 1 an, cu posibilitatea înscrierii provizorii, pentru stabilizarea masei credale cu întocmirea tabelului definitiv – art. 112 alin. (3); art. 113 alin. (4)

25. Analiza cazurilor în care dosarele de insolvență trenează pe rolul instanțelor de judecată conduce la concluzia că *perioada de observație* este în mod evident una dintre cauze. Cu alte cuvinte, „previzibilitatea” procedurii de observație, de esență sa provizorie, se materializa într-o aplicare exactă a celebrei maxime: „Nimic nu e mai sigur ca provizoriul”.

Ca atare, s-a considerat că stabilirea unui termen maximal în care se poate derula perioada de observație, perioadă esențialmente provizorie într-o procedură de insolvență, este de 1 an. Consecvent, s-a încercat conferirea unui mecanism practic de „fluidizare” a procedurii de soluționare a contestațiilor, prin recomandarea înscrierilor provizorii ale creanțelor.

5.5.5. Obligatorietatea menționării, în rapoartele de activitate, dacă există fonduri pentru plata contractelor menținute – art. 123 alin. (2)

26. Asumarea deciziei de menținere a unui contract trebuie să reprezinte o decizie precaută și responsabilă a practicianului și care să confere pentru cocontractant o certitudine a încasărilor aferente prestațiile desfășurate. Tocmai de aceea, dispozițiile art. 123 alin. (2) au stabilit astfel faptul că: „Dacă solicită executarea contractului, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar precizează trimestrial, în cadrul rapoartelor de activitate, dacă debitorul dispune de fondurile bănești necesare achitării contravalorii bunurilor sau prestațiilor furnizate de cocontractant”.

5.5.6. Reglementarea cererilor de plată – cu efectul trecerii la faliment, chiar din perioada de observație – art. 75 alin. (3) și (4)

27. Insuficient reglementate sub regimul Legii nr. 85/2006, dar având un rol major în practică, cererile de plată formulate de creditorii curenți erau de natură a trage cel puțin un semnal de alarmă în privința viabilității economice a debitorului. Cu toate acestea, titularii unor creanțe curente nu puteau avea un grad rezonabil de previzibilitate în privința îndeplinirii creanței lor, de vreme ce nu erau creditori îndreptățiți în procedură, iar funcționalitatea art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 nu era eficientă.

Constituie un postulat al oricărei proceduri de insolvență – care tinde spre o reorganizare – faptul că orice creanță curentă trebuie achitată la scadență, beneficiul eşalonării sau al descărcării de obligații fiind un apanaj exclusiv al creanțelor anterioare deschiderii procedurii. Tocmai de aceea, prin intermediul art. 75 alin. (3) și (4) din Codul insolvenței aceste *cereri de plată* au căpătat conturul unei instituții juridice distincte, guvernată de următoarele reguli:

- astfel de cereri de plată pot fi formulate atât în perioada de observație, cât și în reorganizare;
- sunt verificate de către administratorul judiciar sau, în caz de contestație, validate de către judecătorul-sindic;
- pot conduce la intrarea în faliment, în situația în care quantumul lor trece de valoarea-prag și creanțele nu sunt achitate în termen de 60 de zile, calculat astfel: (i)

de la recunoașterea acestora de către administratorul judiciar sau (ii) de la hotărârea judecătorului-sindic, după caz.

5.5.7. Programul de plăți – sumele provenite din activitatea curentă/valorificarea activelor negrevate se vor distribui pro rata, pentru fiecare creanță prevăzută a se achita în timpul reorganizării – art. 140 alin. (3)

28. Una dintre criticile fervente ridicate pe marginea structurii deficitare a mecanismului reorganizării se referea și la posibilitatea de a direcționa în mod discriminator plățile între creditorii care urmau a fi plătiți prin planul de reorganizare. Cu alte cuvinte, nu exista un grad rezonabil de previzibilitate în privința modului în care era asigurat „tratamentul echitabil” în cadrul categoriilor planului de reorganizare.

De exemplu, o parte dintre creditorii erau plătiți în primul trimestru sau în primul an al programului de plăți, iar alții în ultimul trimestru sau, după caz, ultimul an, fără ca un astfel de tratament să fie considerat inechitabil *ex lege*. Mai mult decât atât, exista o adevărată practică în simularea nereușitei planului după plata anumitor creanțe, plățile prioritare, cu efectul neachitării celor care beneficiaseră de o poziție subsecventă pe scara cronologică a programului de plăți.

Tocmai pentru corectarea acestor practici, care nu asigurau nici transparență și nici previzibilitate în privința încasărilor creanțelor, dispozițiile art. 140 alin. (3) au statuat principiul plăților *pro rata*: „Sumele provenite din activitatea curentă a debitorului sau din valorificarea activelor negrevate de cauze de preferință vor fi prevăzute a se distribui pro rata pentru fiecare creanță prevăzută a se achita în timpul reorganizării, după deducerea sumelor prevăzute ca fiind necesare plății creanțelor curente exigibile și a celor necesare asigurării capitalului de lucru, dacă este cazul. Programul de plată a creanțelor va prevedea plata acestor sume în trimestrul consecutiv celui la care aceste sume devin disponibile”.

5.6. Recunoașterea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor prin instituirea unui set de reguli clar determinate și uniforme

5.6.1. Obligatorietatea distribuției prețului obținut din valorificarea garanției, anterior deschiderii procedurii, către creditorul beneficiar al cauzei de preferință, în termen de 30 de zile – art. 75 alin. (6)

29. La o analiză atentă, parcursul judiciar pe care îl stabilea art. 36 din Legea nr. 85/2006 era oarecum fracționat, întrucât, deși impunea în mod ferm stoparea executărilor silite cu data deschiderii procedurii, nu reglementa (i) ce anume se întâmpla cu sumele de bani rezultate din valorificări efectuate anterior deschiderii, sume încă nedistribuite, și (ii) până când anume dura această suspendare și în ce condiții.

Pentru a tranșa în mod specific primul aspect, dispozițiile art. 75 alin. (6) din Codul insolvenței stabilesc astfel: „Sumele provenite din executările silite vor fi plătite de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar către creditorii titulari ai cauzei de preferință asupra bunurilor adjudecate în termen de 30 de zile, chiar și în perioada de observație. Asupra acestor sume nu se vor aplica onorariul și cheltuielile aferente procedurii insolvenței”.

30. De asemenea, Codul insolvenței a venit cu o continuare și o finalitate a soluției suspendării *ope legis*, atât în ceea ce privește acțiunile în realizarea creanțelor, cât și a executărilor silite, introducând următoarele reguli:

- *suspendarea acestor acțiuni* este unitară, uniformă și imperativă, tocmai pentru că unica cale de valorificare a drepturilor este prin formularea – în termen – a cererilor de admitere a creanțelor;

- repunerea pe rol a acțiunilor judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor are loc doar în cazul desființării sau, după caz, a revocării hotărârii de deschidere a procedurii;

- reluarea executărilor silite se poate face exact în aceeași situație;

- măsura suspendării se convertește în încetarea procesului sau, după caz, a executării silite la data rămânerii definitive a hotărârii privind deschiderea procedurii – art. 75 alin. (1) din Codul insolvenței.

5.6.2. *Posibilitatea creditorului garantat de a executa garanțiile financiare constituite (ipoteca mobilă și garanții în numerar – cash colateral), în termen de 5 zile de la cererea acestuia, fără formularea unei cereri de suspendare adresate judecătorului-sindic – art. 75 alin. (7)*

31. Această situație a fost deja analizată anterior, în cadrul celui de-al doilea principiu enumerat (la pct. 5.2.3.), din perspectiva faptului că o astfel de distribuție directă, în contul garanțiilor financiare, reprezintă regula. Tot în cadrul aceluia principiu a fost analizat și reversul acestui drept, respectiv a acestei reguli, și anume posibilitatea utilizării sumelor în procedură, cu autorizarea judecătorului-sindic, dacă și numai dacă se oferă creditorului o protecție corespunzătoare.

5.6.3. *Obligativitatea distribuției imediate a sumelor obținute prin valorificarea bunului garantat în cadrul planului de reorganizare – art. 133 alin. (5) lit. F)*

32. Este o nouă dispoziție de natură a crea echitate și previzibilitate în ceea ce privește distribuțiile aferente planului de reorganizare, întrucât în sistemul Legii nr. 85/2006 nu era prevăzută o astfel de obligativitate. Au existat cazuri în care o garanție era valorificată prin planul de reorganizare, sumele erau utilizate în activitatea curentă, dar creditorul respectiv era practic „blocat” pentru că scadența de plată a sumelor care urma a-i fi distribuite nu se împlinise încă, conform programului de plăți.

Deși regimul juridic al protecției garanției este unul universal acceptat, s-a simțit nevoia introducerii unui text normativ expres, care să confere creditorului garantat certitudinea încasării sumelor de bani aferente valorificării bunului său în procedura de reorganizare: „Sumele de bani obținute după vânzarea unor bunuri asupra cărora poartă cauze de preferință, potrivit prevederilor Codului civil, vor fi distribuite, obligatoriu, creditorilor titulari ai acelor cauze de preferință, cu respectarea dispozițiilor art. 159 alin. (1) și (2)”.

5.7. Limitarea riscului de credit și a riscului sistemic asociat tranzacțiilor cu instrumente financiare derivate prin recunoașterea compensării cu exigibilitate imediată în cazul insolvenței sau al unei proceduri de prevenire a insolvenței unui cocontractant, având ca efect reducerea riscului de credit la o sumă netă

datorată între părți sau chiar la zero atunci când, pentru acoperirea expunerii nete, au fost transferate garanții financiare

33. Implementarea acestui principiu constă în reluarea dispozițiilor art. 51 din Legea nr. 85/2006, prin intermediul dispozițiilor art. 89 din Codul insolvenței: „(1) Orice transfer, îndeplinire a unei obligații, exercitare a unui drept, act sau fapt realizat în temeiul unor contracte financiare calificate, precum și orice acord de compensare bilaterală sunt valabile, pot fi executate și/sau opuse unui cocontractant insolvent ori unui garant insolvent al unui cocontractant, fiind recunoscute ca bază de înscriere a creanței în procedurile prevăzute de prezentul capitol. (2) Singura obligație, dacă există în cuprinsul contractului, ca urmare a realizării unei *compensări bilaterale* – netting – în condițiile prevăzute de un contract financiar calificat, a unei părți la contract, va fi aceea de a presta obligația netă, respectiv suma de plată sau obligația de a face, rezultată în urma nettingului către cocontractantul său. (3) Singurul drept, dacă există în cuprinsul contractului, ca urmare a realizării unui netting în condițiile prevăzute de un contract financiar calificat, a unei părți la contract va fi acela de a primi dreptul net, respectiv suma de plată sau obligație de a face, care rezultă în urma nettingului de la cocontractantul său. (4) Nicio atribuție conferită prin prezenta lege unui organ care aplică procedura insolvenței nu va împiedica încetarea contractului financiar calificat și/sau accelerarea îndeplinirii obligațiilor de plată ori îndeplinirii obligațiilor de a face sau a realizării unui drept în baza unuia ori a mai multor contracte financiare calificate, având ca temei un acord de netting, aceste puteri fiind limitate la suma netă rezultată în urma aplicării acordului de netting. (5) Cu excepția dovedirii intenției frauduloase a debitorului în sensul art. 117 alin. (2) lit. g) administratorul judiciar/lichidatorul judiciar sau, după caz, instanța judecătorească nu poate împiedica, cere anularea ori decide desfacerea unor operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de netting, realizate în baza unui contract financiar calificat”.

De asemenea, în materia contractelor în derulare, prin dispozițiile art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței, a fost instituită o excepție de la posibilitatea denunțării sau a menținerii acestora, în privința contractelor financiare calificate și a operațiunilor de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală. „Prevederile referitoare la menținerea contractelor în derulare și la nulitatea clauzelor de încetare sau accelerare a obligațiilor nu sunt aplicabile în privința contractelor financiare calificate și a operațiunilor de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală”.

De asemenea, o altă derogare importantă a fost instituită și în cazul prevăzut de art. 150 alin. (4) din Codul insolvenței, și anume declararea exigibilității anticipate a oricărei obligații, în caz de faliment: „Această prevedere nu este aplicabilă în privința contractelor financiare calificate și a operațiunilor de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală”.

5.8. Asigurarea accesului la surse de finanțare în procedurile de prevenire a insolvenței, în perioada de observație și de reorganizare, cu crearea unui regim adecvat pentru protejarea acestor creanțe

34. Acest principiu a fost implementat prin crearea unui mecanism de securizare în sistem real și efectiv a *finanțărilor*, prin crearea unei superpriorități a acestora – art. 24 alin. (2) lit. b); art. 87 alin. (4); art. 133 alin. (5) lit. B).

Conceptul de „*superprioritate*”, deși poate părea, la o primă observație, deficitar la o analiză semantică, întrucât adjectivul/adverbul „prioritar” nu ar avea grad de comparație, provine din traducerea termenului „*super-priority*”, folosit în materie de insolvență pentru a califica gradul de îndeostulare prioritar al acestor finanțări în procedură^[1].

Constituie un adevăr universal al oricărei *proceduri de restructurare*^[2] faptul că finanțările sunt vitale și reprezintă coloana vertebrală a oricărei proceduri de redresare a unui debitor aflat în dificultate. Tocmai ca urmare a acestui caracter vital, este firesc a încuraja astfel de finanțări, prin acordarea unui grad prioritar de îndeostulare, atât în procedurile de prevenire a insolvenței, cât și în procedura de observație sau de reorganizare.

Pe de altă parte, acest grad prioritar de îndeostulare ar rămâne o protecție formală sau iluzorie dacă nu s-ar reflecta în materialitatea unei garanții reale, adică în privința unor active funcționale, materiale. În cazul procedurii de concordat, prioritatea acestor finanțări se situează imediat după plata cheltuielilor de procedură.

Regulile acordării acestei finanțări în *perioada de observație* sunt următoarele:

- finanțările se fac numai cu acordul *adunării creditorilor* și vor fi garantate în principal cu bunuri sau drepturi care nu formează obiectul unor cauze de preferință, fiind libere de sarcini;

- în lipsa unor bunuri libere de sarcini, finanțările vor fi garantate prin garanții deja constituite, cu acordul creditorilor garantați preexistenți;

- în lipsa unor bunuri libere de sarcini sau în lipsa acordului creditorilor garantați preexistenți, finanțările vor fi suportate (i) de către creditorii garantați, *pro rata*, raportat la totalitatea bunurilor grevate, iar (ii) în ipoteza insuficienței bunurilor grevate, pentru partea negarantată, prioritatea va fi asigurată prin celelalte resurse disponibile.

Prin aceste dispoziții legale aceste finanțări beneficiază de o cauză de preferință izvorâtă *ex lege*. Protecția finală a recuperării acestei finanțări prin planul de reorganizare este dată de dispozițiile art. 133 alin. (5) lit. F) din Codul insolvenței, care acordă beneficiarilor unor cauze de preferință remediul distribuției din vânzarea respectivelor bunuri. În ipoteza falimentului, protecția este asigurată, de asemenea, prin dispozițiile de trimitere, și anume fie art. 159 alin. (1) pct. 2, fie, după caz, art. 161 pct. 2.

În ceea ce privește prioritatea aferentă finanțărilor acordate printr-un plan de reorganizare confirmat, aceasta este asigurată, după caz, în funcție de modul în care a fost negociată și constituită, în concret, fie conform dispozițiilor art. 159 alin. (1) pct. 2 din

^[1] A se vedea, în acest sens, <http://financial-dictionary.thefreedictionary.com/superpriority>: „*The rights of certain creditors of a bankrupt debtor to receive payment before others that would seem to have superior claims to money or assets; typically granted when a creditor provides much-needed financing after the filing of the bankruptcy petition*”.

^[2] Principiile Băncii Mondiale, susțin astfel: „*Cash flow is vital to a successful restructuring of a debtor in financial difficulty. Unless appropriate protections are put in place, it will be difficult to find lenders willing to lend to debtors in an insolvency proceeding*”. De asemenea, s-a arătat faptul că „*Super-priority should be given to finance granted in the period ranging from the commencement of insolvency proceedings until a reorganization plan is approved or bankruptcy opened*”.

Codul insolvenței – adică ca o creanță garantată născută în timpul procedurii, ceea ce înseamnă garantarea prin constituirea unei ipoteci convenționale (întrucât planul de reorganizare înseamnă, în esență, un contract judiciar), fie conform dispozițiilor art. 161 pct. 2 din Codul insolvenței – adică imediat după cheltuielile de procedură, în categoria creditorilor care nu beneficiază de cauze de preferință.

5.9. Fundamentarea votului pentru aprobarea planului de reorganizare pe criterii clare, cu asigurarea unui tratament egal între creditorii de același rang, a recunoașterii priorităților comparative și a acceptării unei decizii a majorității, urmând să se ofere celorlalți creditori plăți egale sau mai mari decât ar primi în faliment

5.9.1. Asigurarea unui dublaj între votul pe categorii și votul raportat la procentul masei credale (30% din totalul creanțelor) – art. 139 alin. (1) lit. A), B), C)

35. Prin efectul subtililor permutări ale *votului categoriilor de creanțe din planul de reorganizare*, au existat în practică multe cazuri în care planuri de reorganizare erau aprobate și confirmate prin manifestarea de voință derizorie a creditorilor, din perspectiva ponderii acestora în totalul masei credale. O astfel de permisivitate era încurajată și de faptul că, de regulă, categoria creditorilor salariați este o categorie susținătoare a planului, iar cea a furnizorilor critici – de asemenea – era creată în scopul votului acestuia.

Tocmai de aceea a devenit necesară dublarea criteriului majorității categoriilor de cel al deținerii unui procent de 30% din totalul masei credale. Acest procent a fost considerat ca fiind suficient pentru a crea un echilibru între (i) atingerea necesarului de „*prag semnificativ*” din totalul masei credale și (ii) evitarea îngreunării excesive a votării unui plan de reorganizare, prin introducerea unui procent prea ridicat.

Trebuie subliniat și faptul că atât votul în categorii, cât și calculul procentului, se raportează la totalul creanțelor din categorii, respectiv al masei credale:

– „în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie” – art. 138 alin. (4) din Codul insolvenței și

– „cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul” – art. 139 alin. (1) din Codul insolvenței.

Cu alte cuvinte, votul neacordat este echivalentul unui vot negativ în privința planului, întrucât ceea ce se are în vedere la calcul este exclusiv votul activ, adică participarea.

5.9.2. Revenirea la creanțele înregistrate în tabelul definitiv, în situația eșuării planului, chiar dacă prin plan respectivele creanțe fuseseră diminuate sau chiar înlăturate – art. 140 alin. (1)

36. Introducerea conceptului „*descărcării condiționate*” prin raportare la reușita planului de reorganizare este poate unul dintre cele mai echitabile și juste remedii care puteau fi aduse tratamentului creditorilor în procedura insolvenței. Ca efect practic și la o analiză logică, efectul reversării *hair-cut*-ului, ca efect al eșecului planului de reorganizare, ar trebui să nu schimbe nimic în procedură, pentru că falimentul – teoretic – nu poate să confere creditorilor mai mult decât le-ar fi oferit reorganizarea, întrucât exact aceasta fusese gândirea inițială, validată chiar de către judecătorul-sindic prin confirmarea unui plan de reorganizare care prevedea defavorizări ale creanțelor. Cu alte cuvinte, dacă

reversarea *hair-cut*-ului ar demonstra încasări în plus pe respectivele creanțe, este clar că a existat o *eroare de apreciere* sau *de aplicare* din partea celui care a propus planul de reorganizare, indiferent cine a fost acesta.

Dar la nivel mental, psihologic, creditorii ale căror creanțe fuseseră *defavorizate spre zero* printr-un plan de reorganizare, care eșuase, aveau în continuare nemulțumirea de a rămâne externi față de procedura de faliment, fără a putea verifica măcar dacă ecuația inițială (în sensul că în faliment ar fi luat, oricum, zero) se susține sau nu. Mai exact, de la momentul confirmării planului de reorganizare, și indiferent de rezultatul acestuia, creditorii în discuție dobândeau o lipsă a calității procesuale active. Legislațiile în materie de insolvență ale altor state membre UE condiționează efectul de „descărcare” (*discharge of claims*) de reușita acestui plan de reorganizare sau chiar de un anumit termen de la finalizarea sa.

Nu în ultimul rând, efectul *descărcării de obligații al debitorului* este afectat în cazul operării sancțiunii nou introduse față de persoana găsită vinovată de starea de insolvență, și anume interdicția de a ocupa, timp de 10 ani, funcția de administrator – art. 169 alin. (10): „Persoana împotriva căreia s-a pronunțat o hotărâre definitivă de atragere a răspunderii nu mai poate fi desemnată administrator sau, dacă este administrator în alte societăți, va fi decăzută din acest drept timp de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii”.

5.9.3. Posibilitatea creditorilor care, direct sau indirect, controlează sau sunt controlați de debitor, să voteze planul, și în ipoteza în care programul de plăți nu le oferă nicio sumă – art. 138 alin. (5)

37. Modificarea adusă de noile dispoziții vizează situația distribuției „pe zero”, nereglementată de art. 100 alin. (5) din Legea nr. 85/2006. În prezent, acești creditori pot vota doar dacă planul le asigură mai puțin decât în faliment.

Dispozițiile art. 138 alin. (5) din Codul insolvenței stabilesc astfel: „Creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul pot vota cu privire la planul de reorganizare, sub condiția ca programul de plăți să nu le ofere nicio sumă sau să le ofere mai puțin decât ar primi în cazul falimentului și ca orice astfel de plăți să le fie acordate potrivit ordinii de prioritate a creanțelor subordonate”.

5.9.4. Mai multe planuri de reorganizare – votarea în aceeași ședință a adunării creditorilor, în ordinea decisă de creditori – 138 alin. (6)

38. Această dispoziție vine să aducă o clarificare în situația existenței mai multor planuri de reorganizare, raportat la regula conform căreia numai unul dintre planurile de reorganizare poate fi confirmat de către judecătorul-sindic. Este importantă mențiunea conform căreia prioritizarea planurilor la vot se va face, de asemenea, prin votul adunării creditorilor. Motivația acestei prevederi rezidă în faptul că un vot aprobativ pe un prim plan de reorganizare ar exclude un dublaj al acestui vot și pe următorul plan, deși astfel de situații sunt rare în practică.

5.9.5. Reglementarea modului de vot în cazul parității categoriilor (două sau patru)

39. Dispozițiile art. 101 alin. (1) lit. B) din Legea nr. 85/2006 reglementau doar situația existenței a două categorii de vot pe planul de reorganizare, situație în care planul era considerat acceptat în cazul în care categoria cea mai mare, prin valoare, accepta planul.

Noile dispoziții ale art. 139 alin. (1) lit. C) din Codul de insolvență reglementează atât situația existenței a două categorii, cât și cea aferentă existenței a patru categorii, însă soluția este diferită: „planul se consideră acceptat în cazul în care dacă este votat de cel puțin jumătate din numărul de categorii, cu condiția ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul”.

5.10. Favorizarea, în procedurile de prevenire a insolvenței, a negocierii/renegocierii amiabile a creanțelor și a încheierii unui concordat preventiv

40. Noutatea în această materie este introducerea *testului creditorului privat*, care permite creditorului bugetar negocierea creanței sale. Definiția testului creditorului privat este preluată din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, care a subliniat în mod constant faptul că poziția statelor membre în această materie, acționând pe considerente obiective și comercial justificate, nu reprezintă o încălcare a regulilor în materia ajutorului de stat.

Relevant în această materie este și cazul *Frukona Košice* (C-73/11P), în care au fost statuate următoarele aspecte:

- în evaluarea ecuației în sensul dacă o procedură de reorganizare aduce o îndeplinire superioară celei dintr-o procedură de faliment (lichidare) ar trebui considerată ca relevantă orice informație susceptibilă să influențeze în mod semnificativ procesul decizional al unui creditor privat suficient de prudent și diligent, aflat într-o situație cât mai apropiată de cea a creditorului public și care urmărește să obțină plata sumelor pe care i le datorează un debitor cu dificultăți de plată;

- în această ecuație se au în vedere inclusiv plățile care ar putea fi în continuare efectuate de către debitor, în cazul menținerii sale în piață prin intermediul unui plan de reorganizare reușit;

- durata procedurii de lichidare (apreciată în cazul de față în Slovenia, Frukona fiind o companie de naționalitate slovenă, și anume între 3 și 6 ani) este un element care poate influența în mod semnificativ procesul decizional menționat mai sus, fiind obligatoriu a fi luat în considerare.

În considerarea acestor aspecte, Codul insolvenței a introdus în cadrul art. 5 pct. 71 definiția testului creditorului privat: „(...) reprezintă analiza comparativă a gradului de îndeplinire a creanței bugetare prin raportare la un creditor privat diligent, în cadrul unei proceduri de preinsolvență sau reorganizare, comparativ cu o procedură de faliment. Analiza are la bază un raport de evaluare întocmit de către un evaluator autorizat membru ANEVAR desemnat de creditorul bugetar și se raportează inclusiv la durata unei proceduri de faliment comparativ cu programul de plăți propus. Nu constituie ajutor de stat situația în care testul creditorului privat atestă faptul că distribuțiile pe care le-ar primi creditorul bugetar în cazul unei proceduri de preinsolvență sau reorganizare sunt superioare celor pe care le-ar primi într-o procedură de faliment”.

Raportat la acest instrument legislativ nou introdus, precum și la conceptele care au stat la baza edictării sale, câteva probleme urmează a fi analizate în continuare:

- obligativitatea efectuării testului creditorului privat este expres statuată în materia concordatului – art. 24 alin. (5), însă, pentru considerente de echitate și rațiune juridică, aceeași obligativitate incumbă și în cadrul planului de reorganizare, în ipoteza în care prin acest plan se efectuează reduceri ale creanței bugetare. Mai mult decât atât, se poate considera că, spre deosebire de concordat, unde acest test este efectuat de către un expert desemnat de către creditorul bugetar, în cadrul planului de reorganizare testul creditorului privat se realizează automat în capitolul care determină analiza comparativă a îndeplinirii reorganizare vs. faliment;

- dacă acest test al creditorului privat ar avea un rezultat pozitiv, nu vedem cum anume ar putea justifica creditorul bugetar un vot negativ în privința proiectului de concordat sau al planului de reorganizare, deși, teoretic, o astfel de posibilitate există;

- cu toate acestea, dacă rezultatul acestui test este pozitiv, proiectul de concordat va putea fi omologat de către judecătorul-sindic, chiar în condițiile opoziției creditorului bugetar, dacă toate celelalte condiții de vot și de legalitate sunt îndeplinite;

- *mutatis mutandis*, același raționament se aplică și în privința planului de reorganizare – în sensul că votul favorabil al creditorului bugetar nu poate fi considerat o situație de ajutor de stat.

5.11. Valorificarea în timp util și într-o manieră cât mai eficientă a activelor

5.11.1. Valorificarea necesară acoperirii cheltuielilor de procedură – art. 39 alin. (6)

41. Dispozițiile legale nou introduse vizează reglementarea unei soluții legislative pentru posibilitatea valorificării unor bunuri, în scopul producerii de lichidități, în perioada de observație, înainte și după desemnarea comitetului creditorilor.

Perioada avută în vedere este de maxim impact și responsabilitate în derularea activității curente a debitorului, fiind vorba despre situații care pot crea prejudicii ireversibile, cum ar fi: pierderea unei licențe ce necesită reînnoire, dar nu există sume de bani disponibile; cheltuieli de pază a activelor; preîntâmpinarea unor situații critice/vitale, care pot afecta vieți omenești – prăbușirea unui zid sau a unui mal de pământ pentru care nu se avansează sume de bani pentru reparații, deteriorarea produselor perisabile, care nu pot fi valorificate urgent, dar care pot atrage sancțiuni drastice din partea organelor de mediu competente.

Pentru identificarea unui instrument funcțional și coerent de lucru în procedură, care să acopere și perioada de observație, până la desemnarea comitetului creditorilor (între 65 și 70 de zile de la deschiderea procedurii), s-a optat pentru introducerea unui nou text, astfel: „în scopul și în limitele necesare acoperirii *cheltuielilor de procedură*, oricând pe parcursul procedurii, în lipsă de lichidități în patrimoniul debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va identifica bunuri valorificabile libere de sarcini, care nu sunt esențiale pentru reorganizare, și va proceda la valorificarea de urgență, la minim valoarea de lichidare a acestora, stabilită de un evaluator. Până la desemnarea comitetului creditorilor decizia de valorificare aparține administratorului judiciar/lichidatorului judiciar. Propunerea de valorificare, inclusă în raportul prevăzut la art. 59 alin. (1), care se depune la dosarul cauzei și se publică în extras în BPI, poate fi contestată de orice

parte interesată în termen de 3 zile de la publicarea extrasului raportului în BPI. După desemnarea comitetului creditorilor, valorificarea se va face cu acordul comitetului (...)"

Din analiza coroborată a acestor dispoziții, rezultă că valorificarea se face în condiții restrictive, și anume:

- strict în scopul și în limitele necesare acoperirii cheltuielilor de procedură;
- doar în lipsă de lichidități în patrimoniul debitorului;
- valorificarea se face numai în privința bunurilor libere de sarcini, care nu sunt esențiale pentru reorganizare, la minimum valoarea de lichidare, stabilită de evaluator;
- până la desemnarea comitetului creditorilor, decizia aparține practicianului, iar propunerea se publică în BPI, putând fi atacată în 3 zile, urmând a decide judecătorul-sindic;
- după desemnarea comitetului creditorilor, valorificarea se face cu acordul acestuia.

5.11.2. Introducerea obligativității de aplicare a regulilor de vânzare prevăzute pentru licitația publică din Codul de procedură civilă, prin hotărârea judecătorului-sindic – 156 alin. (2)

42. Ca ordine și interpretare sistematică, dispozițiile art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței prevăd *posibilitatea* aplicării regulilor Codului de procedură civilă în cazul *vânzării bunurilor prin licitație publică*. Situațiile în care posibilitatea (facultatea) se convertește în *obligativitate* sunt stabilite în continuare, astfel:

- adunarea creditorilor nu aprobă un regulament de vânzare sau
- deși adoptat, regulamentul nu a condus la valorificare într-un *termen rezonabil*.

5.11.3. Eliminarea procedurii greoaie a pașilor de supraofertare și înlocuirea acesteia cu o procedură mai simplă și mai flexibilă – art. 156 alin. (1), (2) și (3)

43. În primul rând, dispozițiile citate stabilesc în mod clar tipurile de vânzare: *licitație publică*, *negociere directă* sau o combinație a acestora. În al doilea rând, tipul de vânzare se aprobă de către adunarea creditorilor.

În privința regulilor de vânzare, se poate opta pentru un regulament de vânzare sau pentru aplicarea Codului de procedură civilă. În ipoteza în care tipul de vânzare aprobat este *negocierea directă*, trebuie întocmit și supus aprobării adunării creditorilor regulamentul de vânzare.

5.12. În cazul grupului de societăți, coordonarea procedurilor de insolvență, în scopul abordării integrate a acestora

44. Reglementarea *insolvenței grupului de societăți* prin Codul insolvenței califică legislația noastră în materie de insolvență drept una dintre cele mai moderne și sofisticate legislații europene. În această materie au fost avute în vedere:

- Propunerea de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000, în ceea ce privește insolvența transfrontalieră a grupului de societăți și

- Ghidul Legislativ UNCITRAL în materie de insolvență (*The United Nations Commission on International Trade Law*), partea a III-a, insolvența grupurilor de societăți, unde sunt evidențiate cazuri la nivel internațional de natură a demonstra necesitatea promovării unei insolvențe transfrontaliere a grupului de societăți. S-a demonstrat astfel că, atunci când *business-ul* este controlat și condus de un grup de membri localizați în jurisdicții

diferite, de o manieră integrată și ordonată, este de așteptat ca eșecul economic al unuia dintre membri să provoace o serie de insolvențe care vor afecta și ceilalți membri, din diferite alte jurisdicții.

Coordonarea procedurilor de insolvență se regăsește în obligația de cooperare între practicienii în insolvență desemnați în procedurile de insolvență ale membrilor grupului, existența unui practician coordonator, posibilitatea semnării unui protocol de cooperare între practicieni, planuri de reorganizare compatibile și coordonate.

5.13. Administrarea procedurilor de prevenire a insolvenței și de insolvență de către practicieni în insolvență și desfășurarea acestora sub controlul instanței de judecată

45. Codul insolvenței a implementat acest principiu prin crearea unor mecanisme de stabilizare a unor situații critice, de blocaj în procedură, în care era necesară, de pe o parte, efectivitatea exercitării atribuțiilor de către practician, iar, pe de altă parte, depășirea pasivității creditorilor.

În aceste situații *judecătorul-sindic* a căpătat *atribuții* noi, prin:

- judecarea cererilor practicianului în situația în care comitetul creditorilor/adunarea creditorilor nu poate lua o decizie din lipsa de *quorum*, în două ședințe, având aceeași ordine de zi, pentru eficientizarea și continuitatea procedurii – art. 45 alin. (1) lit. o);
- posibilitatea de a dispune convocarea adunării creditorilor, cu o anumită ordine de zi – art. 45 alin. (1) lit. p).

46. În cadrul aceluiași principiu putem încadra și *protecția oferită practicianului* față de expunerea sa la un grad ridicat de risc, în ipoteza confuziei între calitatea sa de organ care aplică o procedură concursuală, sub control judecătorului-sindic, și actele sau faptele proprii ale debitorului: „Practicianul în insolvență, în calitatea sa de organ care aplică procedura, nu va putea fi sancționat sau obligat la plata oricăror cheltuieli de judecată, amenzi, daune sau oricăror altor sume, de către instanța de judecată sau de altă autoritate, pentru fapte sau omisiuni imputabile debitorului”.

Distincția dintre practicianul în insolvență și debitor se raportează la mai multe criterii.

Astfel, este în primul rând o *distincție între voința juridică* a debitorului și cea a practicianului în insolvență, cel puțin în perioada de observație sau de reorganizare în care dreptul de administrare nu a fost ridicat. Cu alte cuvinte, supravegherea exercitată de către administratorul judiciar nu creează o identitate la nivelul voinței juridice a debitorului.

În al doilea rând, este vorba despre o *distincție clară de patrimoniul*, în sensul în care averea debitorului nu se confundă niciodată cu cea a practicianului în insolvență. Toate acțiunile și măsurile administratorului sau lichidatorului judiciar se exercită în numele și pe seama averii debitorului. Practicianul în insolvență își păstrează acea *legitimatio ad causam*^[1], acționând nu în interes propriu, ci în interesul procedurii, pentru aducerea la îndeplinire a scopului acesteia.

^[1] În doctrină sunt citate astfel de situații, în care acțiunea este pornită nu de titularul dreptului, ci de alte persoane sau organe cărora legea le recunoaște legitimare procesuală activă, cum ar fi autoritatea tutelară. În alte situații, legea recunoaște legitimarea procesuală activă numai anumitor organe, nu și titularului dreptului,

În al treilea rând, discutăm despre o *distincție de responsabilități*, derivată din caracterul legal al unor atribuții conferite practicianului în insolvență. Practicianul în insolvență nu are alegerea de a acționa sau nu în procedură, ci acesta *trebuie* să acționeze. Ca atare, indiferent de consecințe, administratorul judiciar trebuie să verifice creanțele, trebuie să răspundă notificării cocontractantului privind denunțarea unui contract, trebuie să decidă strategia managerială și să planifice plățile curente.

Ceea ce admitem fără nicio rezervă este faptul că toate aceste atribuții trebuie desfășurate conform celor mai bune practici, bazate pe informațiile disponibile, acționând cu bună-credință, în temeiul unor opinii sau păreri argumentate.

Nu în ultimul rând, este vorba despre un caracter distinctiv în privința *circumstanțelor de acțiune în cadrul circuitului juridic*. Desemnarea practicianului în insolvență, ca organ reprezentativ sau de supraveghere al debitorului, se face în condițiile insolvenței, adică plecând de la premisa inexistenței unor resurse financiare disponibile pentru plata datoriilor anterioare deschiderii procedurii. Cu alte cuvinte, practicianul nu este un administrator al unei societăți viabile, care să-și poată îndeplini oricare și toate obligațiile legale sau contractuale. De aici rezultă o restricționare inerentă în privința modului de executare a acestor obligații. Bunele practici în materie de insolvență au creat, de-a lungul timpului, o selectare a tipului și a momentului în care astfel de obligații pot fi executate, însă acestea sunt și rămân decizii conjuncturale. Înțelegerea circumstanțelor acestor decizii constituie, astfel, o apreciere personală.

Ca atare, conceptele pentru care pledează argumentele evidențiate mai sus sunt două: (i) practicianul, acționând într-o procedură de insolvență, este obligat *ex lege* să deruleze anumite atribuții, implicând, în multe cazuri, aprecieri și raționamente subiective; (ii) practicianul nu răspunde astfel cum ar răspunde debitorul, dacă acest debitor ar acționa într-un circuit juridic obișnuit, de drept comun.

Secțiunea a 2-a. Caracterele juridice ale procedurii insolvenței

47. De regulă, actele normative nu definesc instituțiile juridice pe care le reglementează, această sarcină revenind literaturii de specialitate. Cu toate că, potrivit tehnicii legislative moderne, Codul insolvenței cuprinde în partea introductivă, în art. 5, o serie de definiții ale conceptelor pe care le utilizează (72 de termeni și expresii au primit explicații din partea legiuitorului). Nu regăsim definită „procedura de insolvență”, fiind definită doar „procedura colectivă” – *procedura în care creditorii participă împreună la urmărirea și recuperarea creanțelor lor, în modalitățile prevăzute de prezenta lege* (pct. 44 al art. 5).

În doctrina recentă, procedura insolvenței a fost definită ca reprezentând un ansamblu de norme juridice, prin care se urmărește obținerea fondurilor bănești pentru plata datoriilor debitorului aflat în insolvență față de creditorii săi, în condițiile stabilite diferențiat pe categorii de debitori, prin reorganizare judiciară bazată pe plan de reorganizare sau prin faliment^[1].

cum este cazul recursului în anulare (a se vedea, în acest sens, V.M. Ciobanu, Tratat teoretic și practic de procedură civilă. Teoria generală, vol. 1, Ed. Național, 1999, p. 282-283).

^[1] St.D. Cârpenaru, Drept comercial român, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 620.

Din definiția citată se poate deduce cu ușurință care sunt caracteristicile procedurii de insolvență, ele fiind recunoscute ca atare de majoritatea autorilor români^[1]. Apreciem că, în actuala reglementare, procedura insolvenței are următoarele caractere: este o procedură judiciară, colectivă și concursuală, unitară și generală, egalitară, precum și de remediu sau, după caz, de executare silită^[2].

§1. Caracterul judiciar

48. Acest caracter al procedurii concursuale este dat de faptul că întreaga procedură se desfășoară sub controlul direct sau indirect al instanței judecătorești, prin judecătorul-sindic desemnat să gestioneze respectivul dosar de insolvență.

Potrivit art. 41 alin. (1) din Codul insolvenței „toate procedurile prevăzute de prezentul capitol, cu excepția apelului, sunt de competența tribunalului sau, dacă este cazul, a tribunalului specializat, în a cărui circumscripție debitorul și-a avut sediul principal cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței. Dacă în cadrul tribunalului a fost creată o secție specială de insolvență, acestea îi aparține competența pentru derularea procedurilor prevăzute de prezenta lege”. De asemenea, legiuitorul a stabilit principalele atribuții ale judecătorului-sindic și căile de atac ce pot fi exercitate împotriva hotărârilor acestuia, care sunt tot de competența organelor judecătorești.

Este adevărat că, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006, au fost mărite responsabilitățile administratorului judiciar și ale lichidatorului judiciar, precum și prerogativele creditorilor, prin creșterea rolului adunării creditorilor și a comitetului acestora, însă, în opinia noastră, acest lucru nu alterează *caracterul judiciar al procedurii* în condițiile în care toate actele și operațiunile pe care le implică procedura sunt reglementate de lege și au rămas în continuare sub supravegherea și controlul de legalitate al organului judiciar competent. De altfel, alin. (1) al art. 5 din Legea nr. 85/2006, respectiv alin. (1) al art. 40 din Codul insolvenței, statuează fără echivoc că „organele care aplică procedura sunt: instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul”.

^[1] M.N. Costin, A. Miff, *Falimentul. Evoluție și actualitate*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 36-40; St.D. Cârpenaru, *Drept comercial român (...)*, p. 621; R. Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 49-52; R. Bufan, *Drept falimentar român*, Ed. Mirton, Timișoara, p. 28-30; N. Tănădăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 10-11; S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, *Drept comercial*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 247-248; Gh. Gheorghiu, *Procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 9; C. Rotaru, *Legea falimentului – doctrină, jurisprudență și legislație*, Ed. Cognitum, 2001, p. 12-13; A. Miff, C. Păun, *Dreptul afacerilor*, Ed. Imprimeriei Ardealul, Cluj-Napoca, 2006, p. 582-583. Pentru caracterele procedurii falimentului în reglementarea dată de C. com. român, a se vedea M. Pașcanu, *Drept falimentar român*, Ed. Chemarea, București, 1926, p. 10-12; I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 4-10.

^[2] Unii autori mai adaugă acestora și caracterul *personal*, în sensul că, în funcție de categoria de persoane din care face parte, debitorului aflat în stare de insolvență i se va putea aplica procedura generală sau procedura simplificată – St.D. Cârpenaru, *Drept comercial român (...)*, p. 621 –, sau cel *operativ* – S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, op. cit., p. 248. Credem că nu este cazul să cuprindem și aceste aspecte între caracterele procedurii de insolvență întrucât, pe de o parte, cele două proceduri nu sunt aplicabile numai în funcție de categoria din care face parte debitorul insolvent, pentru că, așa cum rezultă din alin. (2) lit. c) al art. 1 din Legea nr. 85/2006, modificată, procedura simplificată se poate aplica și comercianților care fac parte din categoriile prevăzute de alin. (1) dacă îndeplinesc una dintre condițiile enumerate de text. Este adevărat că procedura simplificată este unica procedură aplicabilă debitorilor persoane fizice și întreprinderilor familiale (pentru celelalte categorii de debitori ea fiind alternativă cu procedura generală), însă aceasta nu constituie, în opinia noastră, un argument suficient de puternic pentru a putea caracteriza procedura colectivă ca având un caracter personal.

§2. Caracterul colectiv și concursual

49. Unii autori privesc cei doi termeni ca fiind sinonimi, vorbind, astfel, despre caracterul colectiv (concursual) al procedurii^[1]. Din punctul nostru de vedere, deși cele două noțiuni sunt strâns legate una de alta, totuși, nu putem să punem semnul de egalitate între ele, pentru că fiecare desemnează o anumită trăsătură specifică, distinctă a procedurii insolvenței.

Astfel, *caracterul colectiv* constă în faptul că, în urma deschiderii procedurii, fie la inițiativa debitorului, fie la solicitarea creditorilor, fie la cererea oricărei alte persoane sau instituții prevăzute expres de lege (Banca Națională a României, Autoritatea de Supraveghere Financiară^[2]), orice urmărire silită individuală încetează, ea nemaiputând continua. Altfel spus, procedura insolvenței este colectivă pentru că îi obligă pe toți creditorii debitorului față de care s-a dispus deschiderea acestei proceduri să se reunească într-o singură procedură comună.

În termenul stabilit de judecătorul-sindic și fixat prin sentința de deschidere a procedurii, care nu poate fi mai mare de 60 de zile de la pronunțare [art. 62 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 100 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței], toți creditorii ale căror creanțe sunt anterioare datei deschiderii trebuie să depună cererea de admitere a creanțelor, sub sancțiunea decăderii din dreptul de valorificare a creanței pe calea procedurii insolvenței, excepție făcând doar salariații, ale căror creanțe vor fi înregistrate de administratorul judiciar din oficiu, conform evidențelor contabile ale debitorului [art. 64 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 102 alin. (1) din Codul insolvenței]. Atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței impun o serie întreagă de modalități de publicitate pentru a face cunoscut tuturor creditorilor faptul deschiderii procedurii față de debitor, pentru a le da astfel posibilitatea de a-și declara creanțele deținute și a participa împreună la procedură. Acesta este sensul avut în vedere de legiuitor atunci când a statuat că *procedura colectivă este procedura în care creditorii recunoscși participă împreună la urmărirea și recuperarea creanțelor lor, în modalitățile prevăzute de aceste acte normative*.

50. În schimb, *caracterul concursual* al procedurii insolvenței semnifică acea trăsătură specifică a acestei proceduri potrivit căreia interesele patrimoniale ale creditorilor vor fi satisfăcute nu în mod individual, ca în procedura de executare silită reglementată de Cartea a V-a a Codului de procedură civilă, ci proporțional, conform ordinii stabilite de lege, creditorii venind în concurs în cadrul aceleiași proceduri în care își vor depune spre verificare creanțele. Cu alte cuvinte, procedura insolvenței asigură o reparare echitabilă și justă a prejudiciilor suferite de creditori prin intrarea debitorului lor sub incidența procedurii insolvenței, în sensul că sumele realizate în cadrul procedurii colective vor fi repartizate către creditori proporțional cu ponderea pe care o are creanța deținută în

^[1] St.D. Cărpenaru, *Drept comercial. Procedura falimentului*, Ed. Global Print, București, 1998, p. 19; St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român (...)*, p. 621; N. Tândăreanu, *Procedura (...)*, p. 10; S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, op. cit., p. 247; I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 85.

^[2] Prin O.U.G. nr. 93/2012 (M. Of. nr. 874 din 21 decembrie 2012) a fost înființată această autoritate administrativă autonomă, de specialitate, cu personalitate juridică, independentă, autofinanțată, care își exercită atribuțiile prin preluarea tuturor atribuțiilor și prerogativelor Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare, Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor și Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private.

totalul masei credale. Concluzionând, procedura este concursuală pentru că interesul individual al fiecărui creditor intră în concurență cu interesele celorlalți creditori.

§3. Caracterul unitar și general

51. Și în ceea ce privește acest caracter al procedurii de insolvență unui autori consideră că cele două noțiuni desemnează aceeași caracteristică distinctivă – urmărirea tuturor bunurilor aflate în patrimoniul debitorului, atât cele existente la data declanșării procedurii colective, cât și cele ieșite în mod fraudulos și readuse în patrimoniul său^[1]. În opinia noastră, acest aspect evidențiază numai *caracterul general* al procedurii, adică împrejurarea că, spre deosebire de procedura execuțională de drept comun, care are ca obiect unul sau mai multe bunuri din patrimoniul urmăritului, procedura insolvenței se aplică „averii debitorului”, pct. 5 al art. 5 din Codul insolvenței, definind această noțiune ca „reprezentând totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale – inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă”.

52. În schimb, *caracterul unitar* constă în faptul că subiectul pasiv al procedurii de insolvență va fi supus unei singure proceduri reglementate de Codul insolvenței, fie că este generală, fie simplificată, la care vor veni în concurs toți creditorii săi care și-au manifestat această dorință în condițiile prescise de lege, excepție făcând doar salariații debitorului. Aceasta, întrucât este cunoscut faptul că, în conformitate cu prevederile art. 114 din Codul insolvenței, „(1) Cu excepția cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 42, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b), va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură. El nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase. (2) Decăderea va fi constatată de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, care nu va mai înscrie creditorul în tabelul creditorilor”, iar în alin. (6) al art. 146 se prevede că „titularilor de creanțe născute după deschiderea procedurii, care nu depun cerere de admitere a creanțelor în termenul prevăzut la alin. (2) lit. a), li se aplică, în mod corespunzător, prevederile art. 114”.

Caracterul unitar al procedurii de insolvență se păstrează și în ipoteza în care un debitor este supus, succesiv, atât procedurii de reorganizare judiciară, cât și procedurii de faliment, fie în procedura simplificată, fie în cea generală, pentru că împotriva aceluiași subiect nu pot fi deschise concomitent două sau mai multe proceduri, ci doar una singură.

Chiar dacă prin Legea nr. 85/2006 și în România a fost introdusă procedura simplificată, care reprezintă o procedură derogatorie de la procedura generală, prin care debito-

^[1] Gh. Gheorghiu, *Procedura (...)*, p. 9.

rul, care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 1 alin. (2) din Legea nr. 85/2006^[1] [corespondentul art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței], intra direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 60 de zile, perioadă în care urma să fie analizate elementele arătate la art. 1 alin. (2) lit. c) și d) [echivalentul art. 38 alin. (2) lit. c) și d) din Codul insolvenței], suntem de părere că, în continuare, procedura insolvenței își păstrează caracterul unitar pentru considerentul menționat anterior – un debitor nu poate fi supus *concomitent* la mai multe proceduri de executare colectivă reglementate de lege. Este adevărat că atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței înglobează, practic, patru componente concretizate în cele două regimuri juridice amintite – regimul general și regimul simplificat – și cele două proceduri prin care se obiectivează acestea – procedura falimentului și procedura reorganizării judiciare –, însă o asemenea împrejurare nu afectează caracterul unitar al procedurii colective, trăsătura fiind conferită de concepția care se află la baza legiferării și finalitatea pentru care a fost ea creată^[2].

§4. Caracterul egalitar

53. Această trăsătură a procedurii de insolvență decurge din caracterul colectiv și concursual, întrucât toți creditorii interesați participă la procedura reglementată de lege, constituindu-se în *masa credală*, urmând ca ei să fie satisfăcuți deodată și proporțional cu mărimea creanțelor deținute, în ordinea de prioritate stabilită de lege, indiferent de natura creanțelor și de interesul public sau privat reprezentat de creditorii^[3]. Altfel spus, procedura colectivă reprezintă o apărare comună a intereselor și drepturilor creditorilor prin intermediul căreia se realizează acoperirea tuturor creanțelor direct proporțional cu ponderea pe care fiecare creanță o are asupra patrimoniului debitorului^[4].

În acest sens, potrivit art. 5 pct. 45 din Codul insolvenței, „prin procedura falimentului se înțelege procedura de insolvență, concursuală, colectivă și *egalitară* care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat”.

^[1] Potrivit alin. (2) al art. 1 din Legea nr. 85/2006, „procedura simplificată prevăzută de prezenta lege se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență, care se încadrează în una din următoarele categorii: a) comercianți, persoane fizice, acționând individual; b) întreprinderi familiale; c) comercianți care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) (societăți comerciale, societăți cooperative, organizații cooperatiste, grupuri de interes economic care au ca obiect de activitate săvârșirea de fapte de comerț – *s.n.*) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții: 1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor; 2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; 3. administratorul nu poate fi găsit; 4. sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului; d) debitori care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1), care nu au prezentat documentele prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. b), c), e) și h) în termenul prevăzut de lege; e) societăți comerciale dizolvate anterior formulării cererii introductive; f) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment sau care nu sunt îndreptățiți să beneficieze de procedura de reorganizare judiciară prevăzută de prezenta lege”.

^[2] A. Miff, Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective, în R.R.D.A. nr. 1/2007, p. 57.

^[3] În literatura de specialitate recentă se vorbește despre caracterul echitabil – A. Avram, Procedura insolvenței. Partea generală, Ed. Hamangiu, București, 2001, p. 11. Având în vedere că însuși legiuitorul a definit procedura falimentului ca fiind „o procedură concursuală, colectivă și *egalitară*”, credem că este mai potrivită denumirea pentru care am optat.

^[4] I. Turcu, Tratat de insolvență (...), p. 4.

§5. Caracterul de remediu sau de executare silită

54. Nu în ultimul rând, trebuie spus că procedura insolvenței are un *caracter de remediu sau, după caz, de executare silită* (chiar dacă este o procedură execuțională colectivă), în sensul că atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței pun la îndemâna creditorilor un instrument eficace pentru a-și putea recupera creanțele deținute față de debitorul aflat în stare de insolvență, fie prin procedura reorganizării judiciare, fie prin procedura falimentului, adică executarea silită a bunurilor ce compun averea falitului prin intermediul forței coercitive a statului.

Și sub imperiul Legii nr. 64/1995 majoritatea doctrinei considera că procedura reorganizării judiciare și a falimentului avea un dublu caracter – de remediu sau de executare silită^[1] –, motivat de faptul că scopul principal al procedurii, astfel cum era el definit prin art. 2, îl constituia plata pasivului debitorului aflat în încetare de plăți, fie prin reorganizarea întreprinderii și a activității acestuia sau prin lichidarea unor bunuri din averea lui până la acoperirea pasivului, fie prin faliment.

Procedura reorganizării judiciare are caracter de remediu deoarece urmărește plata pasivului debitorului prin redresarea întreprinderii. Cu alte cuvinte, în faza de reorganizare judiciară procedura este astfel orânduită încât să confere profesionistului debitor, persoană juridică, posibilitatea restructurării activității sale în scopul creșterii performanțelor economice și, în special, a celor financiare ale afacerii. De aceea, în această etapă se consideră că procedura are un caracter de sprijin, de remediu, oferind termene de *respiro*, posibilitatea denunțării unor contracte dezavantajoase etc.^[2]

În schimb, se apreciază că procedura falimentului are un caracter de executare silită deoarece prin intermediul ei se urmărește doar stingerea pasivului debitorului prin lichidarea bunurilor din averea sa, în această fază interesul creditorilor, care devine esențial, impunând ca activele falitului să fie transformate în bani în modul cel mai convenabil pentru creditori, cu respectarea principiului maximizării gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor de către creditori.

Un alt autor a arătat că din formularea dată de legiuitor, prin art. 2 din Legea nr. 64/1995 (în forma inițială), se poate desprinde dublul scop al acestei proceduri – redresarea debitorului și plata datoriilor sale către creditori sau lichidarea averii debitorului^[3]. Dublul scop al procedurii reflectă nu numai două alternative, ci și ordinea obișnuită a opțiunii, în sensul că numai dacă nu este posibilă redresarea se va proceda la lichidare^[4].

Opinăm că, *de lege lata*, procedura insolvenței își păstrează caracterul de remediu sau, după caz, de executare silită colectivă, însă, spre deosebire de Legea nr. 85/2006, modificată, care nu mai menține ordinea opțiunilor întrucât nici scopul nu mai este identic cu cel al vechii reglementări, din analiza prevederilor art. 2 putându-se observa că legiuitorul nu mai precizează modalitățile de realizare a scopului procedurii (ceea ce înseamnă că, indiferent de procedura aleasă, important este să se acopere pasivul debitorului insolvent astfel încât să se dea satisfacție creditorilor săi), prin Codul insolvenței

^[1] N. Tândăreanu, *Procedura (...)*, p. 10; R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 50.

^[2] R. Bufan, *Drept falimentar (...)*, op. cit., p. 29.

^[3] I. Turcu, *Reorganizarea și lichidarea judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 78.

^[4] Este și una dintre rațiunile suprimării sentinței declarative de faliment, această procedură nefiind necesar să fie direcționată din prima clipă spre lichidare, ci trebuie să fie oferită o șansă efectivă de redresare debitorului și de încasare a creanțelor creditorilor – I. Turcu, *Reorganizarea (...)*, p. 82.

s-a revenit la concepția anterioară – aceea potrivit căreia se acordă *prioritate redresării debitorilor*, urmărindu-se, în principal, salvarea și menținerea acestora pe piață.

De aceea, s-a putut afirma că, potrivit Legii nr. 85/2006, scopul principal al procedurii colective îl reprezintă protecția creditului și salvagardarea intereselor legitime ale creditorilor, între menținerea debitorului în circuitul comercial și plata creanțelor, primordială fiind aceasta din urmă, scopul legii reprezentând acoperirea pasivului debitorului aflat în stare de insolvență, iar nu salvarea acestuia^[1]. Însă, odată cu adoptarea Codului insolvenței, legiuitorul a urmărit, în principal, menținerea întreprinderii pe baza unui plan de reorganizare judiciară, care poate să impună restructurări de activități și de personal, atunci când agentul economic este viabil, salvarea intereselor creditorilor fiind subordonată interesului menținerii debitorului persoană juridică, preferându-se soluția continuării afacerii grație sacrificiului creditorilor, în speranța că, în acest mod, se va obține un avantaj nu numai pentru colectivitate, ci și pentru creditor. Aceasta nu înseamnă că noua reglementare nu mai păstrează modalitățile de realizare a scopului procedurii, ci doar că s-a urmărit să se acorde o șansă debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară, chiar dacă creditorilor le-a fost lăsată, în special, alegerea modalității optime în raport cu situația patrimonială și economică a debitorului.

În mod întemeiat, în literatura de specialitate s-a arătat că sublinierea caracterului de executare silită al procedurii de insolvență este extrem de importantă din punctul de vedere al aplicării reglementărilor fiscale în condițiile existenței T.V.A., care, începând cu apariția O.U.G. nr. 17/2000 privind taxa pe valoare adăugată^[2], prevăd în mod expres impozitarea cu această taxă a vânzărilor de bunuri în procedura de executare silită^[3].

Secțiunea a 3-a. Scopul și obiectul procedurii insolvenței

§1. Scopul procedurii insolvenței

55. În concepția clasică falimentul avea două scopuri precis determinate: un *scop imediat*, care consta în plata creditorilor falitului și sancționarea acestuia din urmă, și un *scop mediat*, ce urmărea asanarea comerțului de acei comercianți care nu mai puteau face față datoriilor comerciale asumate.

Inițial, în art. 2, Legea nr. 64/1995 definea obiectul legii ca fiind instituirea unei proceduri de reorganizare având ca scop redresarea debitorului și plata pasivului sau lichidarea averii debitorului. Ca urmare a modificărilor aduse prin O.U.G. nr. 58/1997, textul a fost reformulat în sensul definirii scopului legii – instituirea unei proceduri pentru plata pasivului debitorului, aflat în încetare de plăți, fie prin reorganizarea întreprinderii și a activității acestuia sau lichidarea unor bunuri din averea lui până la acoperirea

^[1] St.D. Cărpănuș, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței – Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole, p. 25.

^[2] O.U.G. nr. 17/2000 (M. Of. nr. 113 din 15 martie 2000) a fost abrogată prin art. 40 al Legii nr. 345/2002 privind taxa pe valoare adăugată (M. Of. nr. 371 din 1 iunie 2002), act normativ abrogat și el, la rândul său, prin art. 298 din Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal (M. Of. nr. 927 din 23 decembrie 2003), care la art. 128 alin. (3) lit. b) prevede că se asimilează livrării de bunuri și „transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor, în urma executării silită”. Pentru dezvoltări în legătură cu fiscalitatea falimentului (lichidării judiciare), a se vedea Programul Phare 2002, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment – Noțiuni de economie aplicate procedurilor de insolvență, p. 203-209.

^[3] R. Bufan, Reorganizarea (...), p. 50.

pasivului, fie prin faliment. Și ulterior, acest articol a suferit mai multe modificări, fie în sensul înlăturării sintagmei „în încetare de plăți” ca o consecință a consacrării legale a noțiunii de „insolventă” (prin O.G. nr. 38/2002), fie printr-o mai reușită formulare a scopului actului normativ (prin Legea nr. 149/2004).

Dacă prin art. 2 din Legea nr. 85/2006 se prevedea că „scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență”, potrivit art. 2 din Codul insolvenței „scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia”.

Din analiza acestor texte se pot desprinde cu ușurință două concluzii: a) procedura de executare este una colectivă; b) scopul ei constă în acoperirea pasivului debitorului.

Mai trebuie observat, pe de o parte, faptul că în timp ce Legea nr. 85/2006 nu se mai referă la modalitățile de realizare a scopului procedurii, Codul insolvenței a prevăzut acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității debitorului, iar, pe de altă parte, că legiuitorul a folosit sintagma „acoperirea pasivului debitorului” și nu plata pasivului său, ceea ce înseamnă că stingerea obligațiilor poate avea loc nu numai prin plată, ci și prin alte mijloace legale (de exemplu, prin compensație, prin dare în plată^[1] sau chiar prin remitere de datorie).

Deși scopul Codului insolvenței a fost definit de chiar redactorii actului normativ, scopul procedurii judiciare diferă în funcție de poziția pe care se află plasați cei interesați de administrarea unui dosar de insolvență. Astfel, este evident că pentru creditorii scopul constă în recuperarea într-o măsură cât mai mare și într-o perioadă cât mai scurtă a creanțelor pe care le dețin față de debitorul insolvent, în timp ce scopul acestuia din urmă rezidă în aceea de a reuși să-și redreseze activitatea și de a rămâne pe piață, concomitent cu achitarea datoriilor pe care le-a acumulat. Nu în ultimul rând, pentru mediul de afaceri în general, scopul este atins atunci când procedura judiciară este transparentă și previzibilă^[2].

56. În conformitate cu *Principiile elaborate de Banca Mondială* în anul 2001 privind procedurile de insolvență, pe baza studiului și a analizei comparate a sistemelor de drept existente, se consideră că *scopul acestor proceduri poate fi atins* dacă:

- se realizează o integrare a lor armonioasă în sistemul legislativ național al respectivului stat;
- se asigură maximizarea valorii activelor debitorului;
- se menține un echilibru just între reorganizare și faliment;
- se oferă soluții rapide, eficiente și imparțiale pentru finalizarea procedurii;
- se asigură un tratament corect și echitabil creditorilor situați pe aceeași poziție, inclusiv celor străini;

^[1] Compensația reprezintă acel mod de stingere a obligațiilor care constă în stingerea a două obligații reciproce, până la concurența celei mai mici dintre ele, în timp ce darea în plată este definită ca fiind acea operație juridică prin care debitorul execută către creditorul său o altă prestație decât aceea la care s-a obligat la încheierea raportului juridic obligațional – C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 379 și 384. Potrivit art. 1616 din noul C. civ., „datoriile reciproce se sting prin compensație până la concurența celei mai mici dintre ele”, iar, în conformitate cu art. 1492, „debitorul nu se poate libera executând o altă prestație decât cea datorată, chiar dacă valoarea prestației oferite ar fi egală sau mai mare, decât dacă creditorul consimte la aceasta. În acest din urmă caz, obligația se stinge atunci când noua prestație este efectuată”.

^[2] J. Turcu, *Legea procedurii insolvenței – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 43.

- se cenzurează inițiativele creditorilor de a dezmembra averea debitorului;
- se asigură o supraveghere judiciară sau de altă natură în vederea prevenirii manipulării procedurii sau comiterii de abuzuri;
- se conferă procedurii insolvenței transparență și previzibilitate;
- se păstrează rigoarea ordinii de prioritate legală a creanțelor;
- se asigură reciprocitatea informației în cazurile de insolvență transfrontalieră^[1].

În doctrină s-a afirmat că scopul legii îl constituie acoperirea în cel mai înalt grad a pasivului debitorului, iar dacă toate cheltuielile se suportă din averea acestuia^[2], rezultă că scopul îl reprezintă, de fapt, maximizarea raportului dintre suma obținută pentru satisfacerea creditorilor și cheltuielile aferente colectării acestei sume^[3]. În mod just, în literatura de specialitate s-a arătat că acoperirea pasivului debitorului nu înseamnă neapărat stingerea integrală a datoriilor acestuia, ci numai încheierea conturilor pentru perioada anterioară^[4].

57. Există unii autori care consideră că norma juridică ce definește scopul procedurii insolvenței reflectă și *ierarhia scopurilor* în concepția legiuitorului român: în primul plan este plasată reorganizarea, menținerea activității și a utilizării forței de muncă, concomitent cu stingerea datoriilor, consacrandu-se în acest fel *funcția economică* a procedurii insolvenței – nu numai supraviețuirea întreprinderii, ci, mai cu seamă, restructurarea economică într-un context concurențial. Asigurarea continuității întreprinderii în dificultate nu presupune cu necesitate menținerea autonomiei acesteia, ci poate avea în vedere și restructurarea ei, acesta fiind motivul pentru care este încurajată creditarea unei asemenea întreprinderi în etapa de reorganizare prin recunoașterea unui rang prioritar creanțelor celor care au acordat sprijin financiar debitorului în această perioadă. Din cele arătate, s-a concluzionat că procedura are drept scop principal menținerea întreprinderii pe baza unui plan de reorganizare, care poate să impună restructurări de activități și de personal, dar numai atunci când agentul economic este viabil^[5].

58. De asemenea, din definiția dată procedurii generale, se poate deduce ordinea aplicării procedurilor, astfel că primează *reorganizarea judiciară* în raport cu falimentul, legiuitorul urmărind în continuare redresarea debitorului^[6]. În prezent, definiția este prevăzută de art. 5 pct. 46 din Codul insolvenței, care reia definiția prevăzută de art. 3 pct. 24 din Legea nr. 85/2006, definiție pe care autorii citați au avut-o în vedere.

Într-adevăr, scopul Codului insolvenței îl reprezintă în mod prioritar acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, dar prin salvarea acestuia, atunci când este

^[1] Pentru dezvoltări, a se vedea *I. Turcu*, *Tratat de insolvență (...)*, p. 311-312; *R. Bufan*, *Legal și comercial în procedura insolvenței comerciale*, în R.D.C. nr. 5/2004, p. 34-48.

^[2] Potrivit art. 4 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, modificată, „toate cheltuielile aferente procedurii instituite prin prezenta lege, inclusiv cele privind notificarea, convocarea și comunicarea actelor de procedură efectuate de administratorul judiciar și/sau de lichidator, vor fi suportate din averea debitorului”. Conform art. 39 alin. (1) din O.U.G. nr. 91/2013, „toate cheltuielile aferente procedurii instituite prin prezenta ordonanță de urgență, inclusiv cele privind notificarea, convocarea și comunicarea actelor de procedură efectuate de administratorul judiciar și/sau de lichidator judiciar, vor fi suportate din averea debitorului”.

^[3] *R. Bufan*, op. cit., p. 44. Pentru un studiu doctrinar, a se vedea *C.B. Nász*, *Scopul și obiectul procedurii de insolvență*, în R.D.C. nr. 12/2008, p. 40-56.

^[4] *I. Turcu*, *Falimentul. Actuala procedură*. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 245.

^[5] *I. Turcu*, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 44. În același sens, a se vedea *A.M. Lupulescu*, *Reorganizarea societăților comerciale în contextul integrării europene. Strategii și cadru juridic*, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2008, p. 239.

^[6] *I. Adam*, *C.N. Savu*, op. cit., p. 79.

economic posibil și funcțional din punct de vedere juridic. Este adevărat și faptul că procedura planului nu a devenit una mai puțin complicată, așa cum au solicitat practicienii, ci din contră, s-a transformat într-una mai sofisticată, *directionată doar către cei care pot în mod real și merită să se reorganizeze*. Datorită caracterului facil, de natură a permite speculații sau manipulări, de altfel, în trecut, această *procedură de reorganizare* a fost denumită, în mod plastic, „*procedura acordeon*”^[1].

Literatura juridică mai distinge între scopul imediat și principal, față de cel mediat sau subsecvent, afirmând, din acest punct de vedere, că scopul legii este multiplu^[2]. Astfel, scopul imediat constă în acoperirea pasivului debitorului în cadrul unor proceduri colective, concursuale și egalitare, cu predilecție prin redresarea activității debitorului, în timp ce scopul mediat este organizarea unor proceduri de reorganizare judiciară, lichidare pe bază de plan sau de faliment prin care să se asigure obținerea resurselor financiare necesare achitării, în ordinea de preferință și în limitele prevăzute de lege, a datoriilor debitorului, pentru realizarea scopului imediat^[3]. Tot astfel, se vorbește despre scopul intern – acoperirea pasivului, cu preferință prin redresare – și scopul extern, raportat la mulțimea comercianților, în sensul eliminării din rândul acestora a debitorilor care nu reușesc înlăturarea stării de insolvență, precum și reintegrarea acelor care depășesc un asemenea moment, dovedindu-se viabili în sistemul economic în care activează^[4].

Din cele prezentate, se poate concluziona că rațiunea edictării Codului insolvenței a fost aceea de a crea un cadru juridic eficient și adecvat pentru acoperirea pasivului debitorului, prin redresarea acelor debitori aflați în dificultate financiară sau în stare de insolvență, sub condiția posibilității reale, viabile și oneste de asigurare a unei astfel de redresări. În subsidiar, apare crearea cadrului de executare silită colectivă a debitorilor față de care nu se poate asigura șansa redresării, pentru eficiența și rapidă recuperare a creanțelor față de aceștia și, implicit, pentru protejarea mediului economic actual prin salvarea întreprinderilor viabile și eliminarea acelor care nu mai au nicio șansă de redresare și care nu fac altceva decât să „contamineze” sistemul și pe toți cei care sunt angrenați în acesta.

§2. Obiectul procedurii insolvenței

59. Codul insolvenței nu definește obiectul procedurii de insolvență, astfel că a rămas în sarcina literaturii de specialitate conturarea acestei noțiuni. Având în vedere că, pe de o parte, procedura insolvenței reprezintă o procedură colectivă, concursuală și egalitară, prin care se urmărește acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, iar, pe de altă parte, că în art. 5 pct. 5 din Codul insolvenței este definită „averea debitorului” ca reprezentând „totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale – inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silită, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă”, putem să spunem că *obiectul procedurii insolvenței* îl constituie averea debitorului, subiect pasiv al acestei proceduri^[5].

[1] I. Turcu, *Tratat de insolvență (...)*, p. 470.

[2] I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 18.

[3] *Idem*, p. 18-19.

[4] A. Avram, *op. cit.*, p. 13.

[5] În același sens, I. Turcu, *Tratat de insolvență (...)*, p. 276-277; I. Turcu, *Tratat teoretic și practic de drept comercial*, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 668-669.

60. Dat fiind faptul că în definirea noțiunii de „avere a debitorului” legiuitorul a făcut trimitere la Codul de procedură civilă, considerăm că se impune analizarea anumitor prevederi legale din acesta, mai ales a celor cuprinse în Cartea a V-a – Despre executarea silită.

Executarea silită, denumită și urmărire silită, constituie cea de-a doua fază a procesului civil, având drept scop realizarea drepturilor recunoscute în favoarea unei persoane printr-o hotărâre judecătorească sau un alt titlu executoriu^[1]. Ea a fost definită ca reprezentând procedeul prin care un creditor, aflat în situația de a nu-și vedea restituită creanța de bunăvoie de către debitorul său și având un drept recunoscut de lege ca titlu executoriu, recurge la executorul judecătoresc pentru executarea forțată a debitorului care refuză sau este în imposibilitate de a rambursa creanța ajunsă la scadență sau devenită exigibilă (de exemplu, prin realizarea condiției suspensive)^[2].

Reclamantul care inițiază o procedură judiciară nu declanșează un litigiu numai pentru ca, în urma administrării dovezilor de care dispune, să obțină o hotărâre judecătorească sau a altui organ de jurisdicție prin care să i se recunoască dreptul încălcat, ci urmărește realizarea efectivă a acestui drept. Din acest punct de vedere, prezintă relevanță juridică clasificarea acțiunilor civile, în funcție de scopul material urmărit de reclamant, în acțiuni în realizarea dreptului (acțiuni în adjudecare) și acțiuni în constatarea dreptului (acțiuni în confirmare sau în recunoaștere), pentru că doar hotărârile judecătorești pronunțate în cazul celor din prima categorie sunt susceptibile de executare silită^[3]. În schimb, hotărârile judecătorești pronunțate în acțiunile în constatare nu reprezintă titluri executorii, ci ele consfințesc doar, cu putere de lucru judecat, existența sau inexistența unui drept (acesta fiind, de altfel, și rațiunea instituirii caracterului subsidiar al acțiunii în constatare). Prin excepție, o hotărâre judecătorească pronunțată în temeiul art. 35 NCPC^[4] poate constitui titlu executoriu, însă nu în legătură cu dreptul în litigiu, ci numai în ceea ce privește eventualele cheltuieli de judecată ocazionate de respectivul proces și care au fost cerute și dovedite de partea câștigătoare și, astfel, acordate de instanța de judecată.

Dacă pârâtul care a pierdut procesul își îndeplinește de bunăvoie obligația ce i-a fost stabilită în sarcină, ultima fază a procesului civil nu mai are loc, executarea silită prin intermediul forței coercitive a statului nefiind necesară. Legiuitorul, considerând că aceasta este regula în materie, prin art. 622 NCPC a dispus că: „(1) Obligația stabilită prin hotărârea unei instanțe sau printr-un alt titlu executoriu se aduce la îndeplinire de bunăvoie. (2) În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se aduce la îndeplinire prin executare silită, care începe odată cu sesizarea organului de executare, potrivit dispozițiilor prezentei cărți, dacă prin lege specială nu se prevede

^[1] Pentru dezvoltări, a se vedea G. Boroș, D. Rădescu, Codul de procedură civilă: comentat și adnotat, Ed. All, București, 1994, p. 637 și urm.; S. Zilberstein, V.M. Ciobanu, I. Băcanu, Drept procesual civil. Executarea silită, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 23 și urm.

^[2] B. Crîngureanu, Ordinea distribuirii creanțelor în dreptul român, în R.R.D.A., p. 51-52.

^[3] În funcție de criteriul amintit – scopul material urmărit de reclamant prin acțiunea promovată –, alături de acțiunile în realizare și cele în constatare, teoria dreptului procesual civil mai distinge și acțiunile în constituire de drepturi, denumite și de transformare, prin care se solicită instanței de judecată să creeze situații juridice noi între părțile în litigiu, hotărârea pronunțată având efect constitutiv (*ex nunc*), întrucât creează un raport juridic nou.

^[4] Potrivit art. 35 NCPC, „Cel care are interes poate să ceară constatarea existenței sau inexistenței unui drept. Cererea nu poate fi primită dacă partea poate cere realizarea dreptului pe orice altă cale prevăzută de lege”. Și vechiul Cod de procedură civilă, în art. 111, statua că „Partea care are interes poate să facă cerere pentru constatarea existenței sau neexistenței unui drept. Cererea nu poate fi primită dacă partea poate cere realizarea dreptului”.

altfel. (3) Executarea silită are loc în oricare dintre formele prevăzute de lege, simultan sau succesiv, până la realizarea dreptului recunoscut prin titlul executoriu, achitarea dobânzilor, penalităților sau a altor sume acordate potrivit legii prin titlu, precum și a cheltuielilor de executare. (4) Executarea unor obligații de a face, precum înscrierea sau radierea unui drept, act sau fapt dintr-un registru public, emiterea unei autorizații, eliberarea unui certificat sau predarea unui înscris și altele asemenea, se poate obține la simpla cerere a persoanei îndreptățite, făcută în temeiul unui titlu executoriu, fără a fi necesară intervenția executorului judecătoresc, dacă prin lege nu se dispune altfel. În caz de neconformare a debitorului, creditorul poate recurge la executarea silită în condițiile prezentului cod. (5) Vânzarea de către creditor a bunurilor mobile ipotecate în condițiile art. 2445 din Codul civil^[1] se face cu încuviințarea instanței, fără intervenția executorului judecătoresc”.

În conformitate cu art. 629 NCP, „(1) Veniturile și bunurile debitorului pot fi supuse executării silite dacă, potrivit legii, sunt urmăribile și numai în măsura necesară pentru realizarea drepturilor creditorilor. (2) Bunurile supuse unui regim special de circulație pot fi urmărite numai cu respectarea condițiilor prevăzute de lege”.

Și art. 371¹ CPC 1865, statua că „(1) Obligația stabilită prin hotărârea unei instanțe sau printr-un alt titlu se aduce la îndeplinire de bunăvoie. (2) În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se aduce la îndeplinire prin executare silită, potrivit dispozițiilor prezentei cărți, dacă legea nu prevede altfel. (3) Executarea silită are loc în oricare dintre formele prevăzute de lege, simultan sau succesiv, până la realizarea dreptului recunoscut prin titlul executoriu, achitarea dobânzilor, penalităților sau a altor sume, acordate potrivit legii prin acesta, precum și a cheltuielilor de executare”, iar, potrivit art. 371³ CPC 1865, „(1) Veniturile și bunurile debitorului pot fi supuse executării silite dacă, potrivit legii, sunt urmăribile și numai în măsura necesară pentru realizarea drepturilor creditorilor. (2) Bunurile supuse unui regim special de circulație pot fi urmărite numai cu respectarea condițiilor prevăzute de lege”.

Cu alte cuvinte, în principiu, toate bunurile și veniturile debitorului sunt supuse urmăririi silite până la realizarea drepturilor creditorilor, excepție făcând doar cele care sunt declarate de lege ca inalienabile (spre exemplu, dreptul de uz și dreptul de abitație^[2]) sau sunt exceptate de la urmărirea silită în considerarea scopului pentru care sunt folosite^[3]. Cum totalitatea drepturilor și obligațiilor cu o valoare economică aparținând unei persoane fizice sau juridice formează patrimoniul acesteia, se poate spune că între-

^[1] În conformitate cu dispozițiile art. 2445 NCC, având titlul marginal – Vânzarea bunurilor ipotecate, „(1) Creditorul ipotecar poate cere instanței de executare încuviințarea executării ipotecii mobiliare prin vânzarea bunului mobil ipotecat. La cererea de încuviințare se vor depune documente care atestă existența creanței ipotecare și a ipotecii mobiliare, împreună cu dovada perfectării ipotecii. Instanța va analiza existența creanței și a ipotecii legal perfectate și va încuviința vânzarea, cu citirea părților interesate. (2) Creditorul ipotecar poate vinde bunurile mobile ipotecate în starea în care se găsesc sau după luarea unor măsuri comercial rezonabile pentru valorificarea acestora. (3) Creditorul poate vinde bunurile mobile ipotecate prin licitație publică ori prin negociere directă, prin unul sau mai multe contracte, în bloc ori separat, în orice moment sau loc, în condiții comerciale rezonabile. (4) Părțile pot conveni, prin contractul de ipotecă, modul de valorificare a bunurilor grevate. (5) În toate cazurile, vânzarea trebuie realizată într-o manieră comercial rezonabilă în ceea ce privește metoda, momentul, locul, condițiile și toate celelalte aspecte ale acesteia (s.n.)”.

^[2] Art. 571 C. civ. 1864 statuează că „uzuarul nu poate ceda nici închiria dreptul său altauia”, iar în conformitate cu art. 573 „dreptul de abitație nu poate fi nici cesionat, nici închiriat, afară de excepția adusă la art. 572” (partea casei care nu este locuită – n.n.); în același sens, art. 752 NCC prevede că „dreptul de uz ori de abitație nu poate fi cedat, iar bunul ce face obiectul acestor drepturi nu poate fi închiriat sau, după caz, arendat”.

^[3] Precum bunurile prevăzute de art. 726 și art. 727 NCP, corespondentul art. 406 și art. 407 CPC 1865.

gul patrimoniului al debitorului constituie gajul general al creditorilor săi, consacându-se, astfel, și în dreptul procesual civil, principiul cuprins în art. 1718 și art. 1719 C. civ. 1864, corespondentul art. 2324 și art. 2326 NCC, potrivit căruia cel care este obligat personal răspunde cu toate bunurile sale mobile și imobile, prezente și viitoare, ele servind drept garanție comună a creditorilor săi, prețul acestor bunuri împărțindu-se între ei proporțional cu valoarea creanțelor deținute, afară de cazul în care există între creditori cauze de preferință ori convenții cu privire la ordinea îndeplinirii lor, creditorii cu același rang, având, deopotrivă, drept la plată, proporțional cu valoarea creanței fiecăruia dintre ei.

61. O deosebire importantă față de procedura de executare colectivă – în care, urmare a deschiderii procedurii de insolvență, debitorului i se ridică dreptul de a-și administra averea, dacă nu și-a declarat, conform legii, intenția de reorganizare – o constituie aceea că dreptul de gaj general al creditorilor chirografari lasă debitorului posibilitatea de a dispune în mod liber de bunurile sale atâta timp cât creditorul nu a demarat formele de urmărire, executarea putând privi numai bunurile urmăribile care există în patrimoniul debitorului la momentul când are loc realizarea creanței. Pentru a proteja, totuși, creditorii chirografari împotriva unor debitori de rea-credință, legiuitorul le-a pus la dispoziție atât cele două acțiuni prevăzute de art. 974 (acțiunea oblică sau subrogatorie) și art. 975 (acțiunea pauliană sau revocatorie) C. civ. 1864, în prezent art. 1560 și art. 1562 NCC, cât și instituția măsurilor asigurătorii reglementate de art. 591-601 CPC 1865, actualele art. 951-976 NCPC. De asemenea, noul Cod al insolvenței a pus la dispoziția creditorilor – fie aceștia chirografari sau beneficiind de o cauză de preferință – *acțiunile preventive*, reglementate de dispozițiile art. 70 alin. (5): „Creditorul care are înregistrată o cerere de deschidere a procedurii, în cazuri urgente, până la data judecării cererii, poate solicita judecătorului-sindic pronunțarea unei ordonanțe președințiale prin care să dispună măsuri vremelnice, în scopul suspendării operațiunilor de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului, sub sancțiunea nulității, precum și măsuri de conservare a acestor bunuri”.

62. Ca regulă, executarea silită nu poate avea loc decât asupra bunurilor ce aparțin debitorului urmărit, care există, deci, în patrimoniul acestuia, altfel punându-se problema urmăririi bunurilor altuia, situație în care terțul urmărit are deschisă calea contestației la executare în condițiile art. 399 și urm. CPC 1865, respectiv art. 711 și urm. NCPC.

Prin excepție, există unele situații în care legea nu pretinde ca bunul ce formează obiectul urmăririi silită să aparțină debitorului. De exemplu, în conformitate cu art. 1790 C. civ. 1864, „creditorii care au privilegiu sau ipotecă înscrisă asupra unui imobil îl urmăresc în orice mână ar trece”. Tot astfel, art. 492 CPC 1865 arată că creditorul ipotecar poate urmări în același timp și imobilele neipotecate ale debitorului. În cazul în care se urmărește un imobil ipotecat înstrăinat, dobânditorul acestui bun, care nu este personal obligat pentru creanța ipotecară, are dreptul să ceară instanței de executare urmărirea altor imobile ipotecate pentru aceeași obligație, aflate în posesia debitorului principal, până la soluționarea cererii urmăririi imobilului ipotecat fiind suspendată. Contestația prin care dobânditorul se opune la scoaterea la vânzare a imobilului ipotecat poate fi făcută numai în termen de 10 zile de la comunicarea încheierii biroului de carte funciară prin care s-a dispus notarea în cartea funciară a somației de începere a urmăririi silită.

Și noul Cod civil prevede, în art. 2341, art. 2345 și art. 2360, că atunci când cumpărătorul vinde la rândul său bunul, privilegiul menționat la art. 2339 alin. (1) lit. a) – este vorba de

creanța vânzătorului neplătit pentru prețul bunului mobil vândut unei persoane fizice, care este privilegiată cu privire la bunul vândut, cu excepția cazului în care cumpărătorul dobândește bunul pentru serviciul sau exploatarea unei întreprinderi – se exercită asupra bunului revândut, chiar dacă prețul celei de-a doua vânzări este încă neplătit de cel de-al doilea cumpărător, cu preferință față de privilegiul de care s-ar bucura primul cumpărător. *Dreptul de ipotecă* se menține asupra bunurilor grevate, creditorul ipotecar putând urmări bunul ipotecat în orice mână ar trece, fără a ține seama de drepturile reale constituite sau înscrise după înscrierea ipotecii sale.

De asemenea, art. 816 alin. (1) NCPD statuează că acei creditori care au ipotecă înscrisă asupra unui imobil îl pot urmări în orice mâini ar trece și pot cere vânzarea lui pentru a se îndeștiula din prețul rezultat.

63. Mai este de menționat faptul că prin art. 452-461 CPC 1865, corespondentele art. 780-793 NCPD, este reglementată *poprirea*, care reprezintă acea formă de urmărire silită ce constă în executarea sumelor de bani, titlurilor de valoare sau a altor bunuri mobile incorporale urmăribile datorate debitorului de o a treia persoană sau pe care aceasta i le va datora în viitor, în temeiul unor raporturi juridice existente, în timp ce dispozițiile art. 463-464 din vechiul cod, respectiv art. 794-798 din noul cod, se referă la urmărirea silită a fructelor neculese și a recoltelor prinse de rădăcini.

64. În fine, cea mai importantă procedură execuțională indirectă^[1] – *executarea silită asupra bunurilor imobile* – este reglementată de art. 488-523 CPC 1865, în prezent art. 812-862 NCPD, prin intermediul acesteia urmărindu-se valorificarea bunurilor imobile ale debitorului (imobile prin natura lor, imobile prin destinație și imobile prin obiectul la care se referă) în vederea realizării drepturilor creditorilor. Potrivit art. 488 alin. (2) și (3) din vechiul cod, respectiv art. 812 alin. (2) și (3) din noul cod, pot forma obiectul urmăririi silită imobiliare și dreptul de uzufruct asupra unui imobil, precum și dreptul de suprafață, în timp ce dreptul de servitute poate fi urmărit silit numai odată cu fondul dominant căruia îi profită. Tot astfel, art. 490 CPC 1865, respectiv art. 814 NCPD, precizează că urmărirea silită imobiliară se întinde deplin drept și asupra bunurilor accesorii imobilului, prevăzute de Codul civil, care, însă, nu pot fi urmărite decât odată cu imobilul, noul Cod de procedură civilă adăugând doar fructele și veniturile acestui bun.

65. Deși legiuitorul utilizează în cuprinsul Codului insolvenței atât noțiunea de „avere a debitorului” (art. 5 pct. 5, 12 și 54, art. 20, art. 39, art. 45, art. 58, art. 59, art. 61, art. 64, art. 70, art. 77, art. 82, art. 83, art. 85, art. 87, art. 93, art. 101, art. 102, art. 120, art. 124, art. 131, art. 132, art. 133, art. 152, art. 153, art. 154, art. 159, art. 160, art. 161, art. 164, art. 167, art. 168, art. 171, art. 172, art. 174, art. 175, art. 176, art. 180), cât și pe aceea de „patrimoniu” (art. 5 pct. 15, 20, 29 și 65, art. 38, art. 39, art. 58, art. 153, art. 161, art. 176), doar cea dintâi a primit o definiție legală (art. 5 pct. 5).

^[1] Apreciem că urmărirea silită asupra bunurilor imobile este cea mai importantă procedură de executare silită indirectă deoarece, pe de o parte, de regulă, imobilele sunt cele mai valoroase bunuri din patrimoniul unei persoane, iar pe de altă parte, întrucât dacă vânzarea bunurilor mobile nu îi prea determină pe debitori să-și execute obligația impusă în sarcina lor prin titlul deținut de creditor, atunci când se ajunge la executarea silită imobiliară, de cele mai multe ori debitorii, pentru a evita scoaterea la licitație a imobilelor lor, se văd nevoiți să dea satisfacție creditorilor urmăritori.

În aceste condiții, credem că se impune o scurtă explicație a conceptelor de „avere”, „patrimoniu” și „fond de comerț”, pentru că toate acestea au o strânsă legătură cu subiectul pasiv al procedurii de insolvență.

Prin „*averea debitorului*” se înțelege totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silită, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă. Deci sunt cuprinse în *averea debitorului* nu numai bunurile și drepturile patrimoniale *existente* la momentul pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii de executare colectivă, ci și acelea care *pot fi dobândite* prin diferite mijloace juridice specifice pe parcursul administrării procedurii colective, respectiv: a) ca urmare a continuării activității comerciale a debitorului după deschiderea procedurii; b) prin recuperarea creanțelor pe care debitorul le are față de terțe persoane; c) prin acțiunile de anulare a actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor sau a constituirilor ori a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și restabilirea situației anterioare; d) în cazul societăților în nume colectiv sau în comandită ori al grupurilor de interes economic prin executarea silită împotriva asociaților cu răspundere nelimitată sau, după caz, a membrilor grupului; e) prin atragerea răspunderii administratorului special pentru încălcarea limitelor dreptului de administrare; f) prin atragerea răspunderii organelor de conducere ori de supraveghere ale debitorului persoană juridică sau a oricărei alte persoane care a contribuit la starea de insolvență.

Din punctul de vedere al științei dreptului civil, definiția dată averii debitorului este criticabilă, deoarece prin „*bun*” se înțelege o valoare economică ce este utilă pentru satisfacerea nevoii materiale ori spirituale a omului și care este susceptibilă de apropiere sub forma dreptului patrimonial, între bun și patrimoniu existând o corelație de tipul parte-întreg^[1]. Ca atare, expresia „bun patrimonial” constituie un pleonasm juridic. Pe de altă parte, doctrina de specialitate consideră că în patrimoniu sunt cuprinse numai drepturi și datorii cu conținut economic, fără bunurile care formează obiectul acestora, argumentul fiind acela că, în caz contrar, s-ar ajunge la o dublare artificială a valorii economice și la denaturarea raportului dintre latura activă și cea pasivă a patrimoniului respectiv^[2].

Tot aici ne interesează și clasificarea drepturilor patrimoniale în drepturi reale și de creanță, pentru că acestea sunt cele care dau cuprinsul unui patrimoniu. În timp ce dreptul real (*jus in re*) este dreptul patrimonial în virtutea căruia titularul său poate să-și exercite prerogativele asupra unui bun determinat fără concursul altei persoane, dreptul de creanță (*jus in personam*) este acel drept patrimonial în temeiul căruia subiectul activ, numit creditor, poate pretinde subiectului pasiv, numit debitor, să efectueze o anumită prestație – să dea (*aut dare*), să facă (*aut facere*) sau să nu facă ceva (*aut non facere*)^[3].

[1] Gh. Beleiu, *Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil*, ed. a 11-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 100.

[2] V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale*, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 51-52. În schimb, alți autori consideră că patrimoniu este dat de totalitatea drepturilor și obligațiilor având o valoare economică, a bunurilor la care se referă aceste drepturi, aparținând unei persoane ale cărei nevoi sau sarcini este destinat să le satisfacă (deși aceștia învederează dificultatea la care conduce includerea bunurilor la care se referă drepturile în cuprinsul patrimoniului) – T. Ionașcu, S. Brădeanu, *Drepturile reale principale în R.S.R.*, Ed. Academiei, București, 1978, p. 13.

[3] Pentru dezvoltări în legătură cu clasificarea drepturilor patrimoniale, a se vedea E. Roman, în T. Ionașcu, E. Barasch, S. Brădeanu, M. Eliescu, V. Economu, Y. Eminescu, M. I. Eremia, E. Roman, I. Rucăreanu, V.D. Zlătescu, *Tratat de drept civil român*, vol. I (Partea generală), București, Ed. Academiei R.S.R., 1967, p. 196-203.

66. În schimb, *patrimoniul*, deși reprezintă o noțiune importantă în dreptul civil, până de curând nu a fost definit de legislația în materie, vechiul Cod civil făcând numai referiri explicite sau implicite la el în cuprinsul art. 781, art. 784 și art. 1743 – privitoare la separația de patrimonii – și art. 1718 – referitor la garantarea îndeplinirii obligațiilor asumate față de creditor cu toate bunurile prezente sau viitoare ale debitorului. De asemenea, Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice^[1], printre elementele constitutive ale persoanei juridice, alături de o organizare de sine stătătoare și un scop propriu, determinat și în acord cu interesul obștesc (general), pretindea și cerința existenței unui patrimoniu propriu [art. 26 lit. e)]^[2], iar Legea nr. 31/1990 privind societățile, republicată, cu modificările ulterioare, face mai multe referiri la patrimoniul social (art. 3, art. 163, art. 210, art. 235, art. 237, art. 238, art. 250¹, art. 252, art. 253).

Ca atare, doctrina a definit *patrimoniul* ca fiind totalitatea drepturilor și obligațiilor care au valoare economică, aparținând unui subiect de drept. Altfel spus, patrimoniul reprezintă ceea ce un creditor poate urmări pentru recuperarea datoriei, ceea ce o persoană fizică lasă în urma decesului moștenitorilor săi, ceea ce un tutore administrează în numele minorului sau interzisului judecătoresc, ceea ce se transmite prin comasare (absorbție sau fuziune) ori divizare către persoana juridică absorbantă ori cea nou înființată, respectiv persoanele juridice dobânditoare.

Patrimoniul constituie un atribut al persoanei juridice și, în același timp, o universalitate juridică (*universitas juris*) deoarece elementele sale componente – drepturile și obligațiile având un conținut economic – sunt privite în totalitatea lor, neinteresând identitatea fiecărui drept sau a fiecărei obligații în parte. Întrucât elementele patrimoniului alcătuiesc o universalitate abstractă, ce poate suferi modificări sau transformări, patrimoniul are un activ (cuprinzând toate drepturile evaluabile în bani) și un pasiv (compus din toate datoriile acelei persoane), în funcție de preponderența unuia sau a altuia dintre ele, patrimoniul putând avea o valoare pozitivă sau una negativă. Dacă valoarea activului este mai mare decât cea a pasivului, titularul respectivului patrimoniu este o persoană solvabilă, iar dacă latura pasivă este cea care predomină, se spune că patrimoniul este deficitar, titularul său fiind insolubil.

Tocmai datorită faptului că drepturile și obligațiile cu conținut economic aparținând unei persoane fizice sau juridice sunt privite nu izolat, ci ca o universalitate juridică, se explică și producerea unor consecințe juridice pe care doctrina de specialitate le consideră ca funcții ale patrimoniului, și anume: a) constituie gajul general al creditorilor chirografari; b) explică și permite fenomenul subrogației reale cu titlu universal; c) explică și permite transmisiunea universală și cu titlu universal^[3].

Prin *subrogație* se înțelege o înlocuire, o substituie. Dacă o persoană se substituie alteia, în calitate de titular al unui drept, avem de a face cu o subrogație personală, iar dacă un bun dintr-un patrimoniu este înlocuit cu un altul, care-i ia locul și poziția juridică, vom vorbi despre o subrogație reală, aceasta din urmă putând fi de două feluri: universală sau cu titlu universal, pe de o parte, și cu titlu particular, pe de altă parte, după

[1] B. Of. nr. 8 din 30 ianuarie 1954.

[2] Pentru o analiză a elementelor personalității juridice a unei societăți comerciale, a se vedea S. Bodu, Capacitatea juridică a societății comerciale, în R.R.D.A. nr. 1/2007, p. 45-49.

[3] C. Bîrsan, M. Gaiță, M.M. Pivniceru, Drept civil. Drepturile reale, Ed. Institutul European, Iași, 1997, p. 13; P.M. Cosmovici, Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Legislație, Ed. ALL, București, 1996, p. 11; V. Stoica, op. cit., p. 79-96; T. Ionașcu, S. Brădeanu, op. cit., p. 14.

cum se aplică la cuprinsul unui patrimoniu sau al unei mase patrimoniale ori privește un bun individual determinat.

Locul oricărui bun înstrăinat dintr-un patrimoniu este luat de prețul încasat sau de noul bun în care respectivul preț a fost investit, funcția juridică a subrogației reale universale sau cu titlu universal fiind aceea de a asigura continuitatea afecțiunii unui patrimoniu sau grup de bunuri din acel patrimoniu la destinația economică concretă care-i este proprie. Prin aceasta se asigură și rolul patrimoniului debitorului de a fi gajul general al creditorilor chirografari.

Abia noul Cod civil, în art. 31, având titlul marginal – Patrimoniul. Mase patrimoniale și patrimoniul de afecțiune statuează că: „(1) Orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu care include toate drepturile și datoriile ce pot fi evaluate în bani și aparțin acesteia. (2) Acesta poate face obiectul unei diviziuni sau unei afecțiuni numai în cazurile și condițiile prevăzute de lege. (3) Patrimoniile de afecțiune sunt masele patrimoniale fiduciare, constituite potrivit dispozițiilor titlului IV al cărții a III-a, cele afectate exercitării unei profesii autorizate, precum și alte patrimoniul determinate potrivit legii”.

67. Spre deosebire de patrimoniu, *fondul de comerț* beneficiază de mai de mult de o definiție legală, art. 1¹ lit. c) din Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale^[1] prevedea până de curând următoarele: „constituie fond de comerț ansamblul bunurilor mobile și imobile, corporale și necorporale (mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial), utilizate de un comerciant în vederea desfășurării activității sale”. În condițiile lipsei unor reglementări care să stabilească regimul juridic al fondului de comerț, tot doctrina juridică a fost cea care a precizat, pe baza principiilor generale, noțiunea, elementele și natura juridică a acestui concept, precum și regimul actelor juridice având ca obiect un fond de comerț^[2].

Astfel, având în vedere trăsăturile sale caracteristice, fondul de comerț a fost definit ca fiind un ansamblu de bunuri mobile și imobile, corporale și incorporale, pe care un comerciant le afectează desfășurării unei activități comerciale, în scopul atragerii clientelei și, implicit, obținerii de profit^[3]. Din definiție rezultă cu ușurință faptul că, spre deosebire de patrimoniu, fondul de comerț reprezintă o universalitate de fapt (*universitas factis*) și nu cuprinde datoriile comerciantului, chiar dacă uneori mai este desemnat și cu denumirea de patrimoniu comercial^[4]. Pe de altă parte, spre deosebire de averea debitorului, fondul de comerț nu include nici creanțele acestuia.

Prin urmare, fondul de comerț se caracterizează prin aceea că este un bun mobil incorporeal, unitar și distinct de elementele ce-l compun, care poate face obiectul unui contract de vânzare-cumpărare sau de locațiune, care poate constitui și obiectul unei garanții reale mobiliare ori al unui aport la capitalul unei societăți comerciale^[5]. În acest

[1] Deși în prezent, în urma modificării Legii nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale (M. Of. nr. 24 din 30 ianuarie 1991) prin O.G. nr. 12/2014 (M. Of. nr. 586 din 6 august 2014), sintagma *fond de comerț* nu mai figurează printre termenii consacrați legal, considerăm ca fiind relevantă în continuare definiția prevăzută în forma anterioară a legii.

[2] Pentru un studiu doctrinar, a se vedea M.L. *Belu Magdo*, Fondul de comerț (I), (II) și (III), în R.D.C. nr. 10/2002, p. 50-63, nr. 11/2002, p. 102-127 și nr. 12/2002, p. 65-91.

[3] *St. D. Cârpenaru*, Drept comercial român (...), p. 120.

[4] *Ibidem*.

[5] Pentru o analiză teoretică și practică a operațiunilor privind fondul de comerț, a se vedea I. *Militaru*, Operațiunile juridice privind fondul de comerț. Drept comparat, în R.R.D.A. nr. 3/2006, p. 54-89.

sens, art. 21 lit. a) din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului^[1] prevede că „în registrul comerțului se vor înregistra mențiuni referitoare la: donația, vânzarea, locațiunea sau gajul fondului de comerț, precum și orice alt act prin care se aduc modificări înmatriculărilor sau mențiunilor sau care face să înceteze firma ori fondul de comerț”. De asemenea, până la intrarea în vigoare a noului Cod civil, potrivit art. 10 alin. (3) din Legea nr. 99/1999 (Titlul VI), garanția reală mobilă putea avea ca obiect și fondul de comerț.

Noul Cod civil prevede în art. 745 că „în lipsă de stipulație contrară, uzufructuarul unui fond de comerț nu poate să dispună de bunurile ce îl compun. În situația în care dispune de aceste bunuri are obligația de a le înlocui cu altele similare și de valoare egală”, iar potrivit art. 2389 din același act normativ, *de lege lata*, se pot ipoteca orice bunuri mobile, corporale sau incorporeale.

În practica judiciară mai veche, în care Înalta Curte de Casație – Secția I, prin Decizia nr. 277 din 1946 a definit fondul de comerț drept o universalitate de fapt de bunuri corporale și incorporeale, active și pasive, nu a dat o definiție de speță, ci una *de principiu* privind, în general, situațiile cele mai frecvente și nu a afirmat că numai în cazul când toate aceste elemente, citate ca exemplu, ar fi întrunite se consideră înstrăinat fondul de comerț. Prin urmare, instanța de trimitere, fără să contrazică mai sus menționatul principiu de drept, a fost liberă să aprecieze că, în fapt, cercetând voința părților, s-a vândut însuși fondul de comerț, cu toate că obiectul vânzării n-a cuprins absolut toate elementele lui componente, ci numai pe cele principale ca: vadul comercial, folosința localului, emblema și mărfurile considerate principale, chiar de părți, care au arătat că vânzătorul nu mai are niciun drept asupra fondului de comerț vândut. Judecând astfel, nu s-au violat principiile de drept din materia fondului de comerț, fiind de principiu că niciunul dintre elementele componente ale fondului de comerț nu este, în esență sa, determinant pentru ca lipsa unuia sau altuia din ele să facă să-i ridice caracterul de fond de comerț. Pe de altă parte, actul de vânzare intervenit între părți nu a fost denaturat de instanța de fond când aceasta a constatat din termenii lui că s-a vândut însuși fondul de comerț, deoarece actul în chestiune nu are un singur înțeles, clar și vădit neîndoielnic, în sensul susținerii recurentului, ci dimpotrivă, este susceptibil de interpretare, întrucât cuprinde atât clauza că s-au vândut bunuri determinate, cât și declarația categorică că s-a vândut întregul fond de comerț, așa încât, curtea de apel, atribuindu-i acest din urmă sens, nu a făcut decât să uzeze de dreptul său suveran de interpretare a voinței părților nesupus cenzurii acestei Înalte Curți^[2].

Față de cele arătate, putem concluziona că deși noțiunile de „avere a debitorului”, „patrimoniu” și „fond de comerț” au o strânsă legătură cu subiectul pasiv al procedurii de insolvență, acestea reprezintă concepte distincte, care nu trebuie confundate.

^[1] Legea nr. 26/1990 a fost republicată în M. Of. nr. 49 din 4 februarie 1998 și a suferit modificări și completări ulterioare.

^[2] Cas. I, dec. nr. 1279 din 1946, publicată în C. Jorrescu, Gh. Țigăeru, op. cit., p. 228.

CAPITOLUL III. PROCEDURILE DE PREVENIRE A INSOLVENȚEI

Secțiunea 1. Scurtă incursiune istorică

1. Până de curând, legislația românească în domeniu nu cuprindea decât acte normative care reglementau situația societăților aflate în stare de insolvență.

Crearea unei proceduri de prevenire a insolvenței era extrem de necesară, nu numai datorită faptului că ea există în majoritatea statelor Uniunii Europene, ci și pentru motivul că România a fost una dintre țările care a avut o astfel de legislație încă din perioada interbelică, și anume Legea concordatului preventiv adoptată în 1929 și abrogată în 1938.

Este interesant de remarcat faptul că ambele acte normative au apărut în perioade de criză profundă.

Legea asupra concordatului preventiv a apărut la începutul crizei economice mondiale din perioada 1929-1933, iar Legea privind introducerea concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc^[1] a fost promulgată în decembrie 2009 și a intrat în vigoare în luna ianuarie a anului 2010, în plină criză financiar-economică.

Probabil că ar fi fost mult mai bine și mai util pentru societatea românească dacă cele două acte normative s-ar fi publicat cu mult timp înaintea apariției crizelor.

Primul proiect privind concordatul preventiv a fost realizat de marii profesori Pașcanu și Fințescu, de la Facultatea de Drept din București, la solicitarea Uniunii Camerelor de Comerț și Industrie^[2]. Trebuie precizat faptul că acest act normativ privind concordatul preventiv nu a fost primul aplicat pe teritoriul României. În Bucovina exista încă din decembrie 1914 Legea pentru concordatele preventive, iar în Transilvania fusese introdusă de Consiliul de Miniștri în 1915, prin ordonanță. Această lege a continuat să se aplice și după unirea Bucovinei cu România, în regiunea respectivă, până la abrogarea ei expresă prevăzută la art. 55 al legii din 1929.

Demnă de reținut este motivarea necesității apariției legii asupra concordatului preventiv, dată de autorii menționați mai sus: „Introducerea concordatului preventiv în legislația română se impunea în interesul chiar al creditorilor. Aceasta poate să pară paradoxal – față de caracterul dilatoriu și remisoriu al instituției – dacă faptele nu ar demonstra că menținerea moratorului și falimentului în Vechiul Regat și Basarabia și existența falimentului în cealaltă parte a țării, ca unicul mijloc de coercițiune contra debitorului în deconfitură era în detrimentul creditorilor, care își vedeau creanțele amputate – dacă nu anulate – dat fiind cotele derizorii ce obțineau pe calea moratorului sau a falimentului”^[3].

Președintele și Prim-vicepreședintele Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România au înțeles necesitatea completării legislației privind insolvența cu un act normativ care să reglementeze prevenirea insolvenței și care să fie în interesul creditorilor și debitorilor.

^[1] Legea nr. 381/2009 (M. Of. nr. 870 din 14 decembrie 2009), abrogată prin Codul insolvenței.

^[2] A se vedea P.I. Demetrescu și M.I. Barasch, *Noua Lege asupra concordatului preventiv*, ed. a 2-a.

^[3] *Idem*, p. 25.

Din păcate, procesul legislativ de adoptare a Legii nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și a mandatului ad-hoc, la care s-a alăturat și deputatul Mircea Grosaru, fie-i amintirea binecuvântată, membru al C.N.C. al U.N.P.I.R., a durat o perioadă îndelungată.

Actul normativ conținea mai multe prevederi, care l-au făcut să nu fie agreat de instituțiile financiare, și a determinat existența unui număr redus de dosare de concordat (de ordinul câtorva zeci, în toată țara).

Două motive au fost însă extrem de importante pentru nereușită.

Primul se referă la imposibilitatea omologării unui concordat fără existența unui procent de acceptanți de 80% din masa credală, fapt care ducea la imposibilitatea realizării concordatului, dacă obligațiile bugetare depășeau 80% din masa credală, deoarece se considera că este vorba de ajutor de stat.

Această problemă a fost rezolvată în Codul insolvenței prin eliminarea instituției constatării concordatului, reducerea la 75% din creanțele necontestate a valorii creanțelor votante pozitiv, în vederea omologării, precum și efectuarea testului creditorului privat pentru creditorii bugetari.

Al doilea se referă la perioada de concordat, care a fost extinsă la 24 de luni de la 18 luni, cu posibilitatea de prelungire cu încă 12 luni. O perioadă de doi ani pare a fi mult mai adecvată unui concordat preventiv decât o perioadă mai scurtă, de un an și jumătate sau de maxim 2 ani.

Sperăm ca aceste modificări importante și altele care vor fi analizate mai departe, vor face ca aplicarea acestei părți a legii să fie mai eficientă, să determine debitorii și creditorii să se folosească de șansa oferită și să încerce rezolvarea problemelor financiare fără a se intra în procedura insolvenței.

2. Mandatul ad-hoc și concordatul preventiv au fost cuprinse în titlul I al Codului insolvenței.

Acest titlu conține trei capitole – domeniul de reglementare, mandatul ad-hoc și concordatul preventiv.

Capitolul III privind concordatul are trei secțiuni – Secțiunea 1 – Beneficiarii procedurii. Organele care aplică procedura; Secțiunea a 2-a – Încheierea și omologarea concordatului preventiv și Secțiunea a 3-a – Închiderea procedurii concordatului preventiv.

Definițiile privind mandatul ad-hoc și concordatul preventiv sunt cuprinse în Titlul preliminar, Capitolul II, Secțiunea a 2-a, iar principiile în același capitol, dar în Secțiunea 1.

Dintre principii sunt aplicabile îndeosebi principiile nr. 2, 3, 7, 8, 10 și 13.

Principiul al doilea se referă la șansa de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie cu ajutorul procedurii mandatului ad-hoc, fie prin cea a concordatului preventiv. Legiuitorul a stabilit că trebuie să fie vorba de o redresare eficientă și efectivă. Eficiența constă în obținerea de către creditorii a sumelor maxime posibil de recuperat, iar efectivitatea constă în redresarea entității debitoare într-un mod care să-i permită o funcționare normală și fără acumulare de noi datorii pe care să nu le poată achita.

Principiul al treilea se referă la eficiența procedurii, care trebuie să se desfășoare într-un timp util și rezonabil. Tratatările îndelungate și propunerile nefundamentate pot prelungi procedura, afectându-i în mod categoric eficiența.

Principiul al șaptelea privește tranzacțiile cu instrumente financiare. Acest principiu este extrem de important pentru stabilitatea pieței financiare și pentru prevenirea riscului sistemic.

Al optulea principiu se referă la asigurarea surselor de finanțare, extrem de importante și în cadrul procedurilor de prevenire a insolvenței și prin crearea unui regim de protecție al acestora.

Cuvântul (adjectivul) „adecvată”, cu referire la protecția finanțărilor – nu este însă destul de clar și în viitor va trebui mai bine lămurită modalitatea de protecție a finanțării în cadrul procedurilor de prevenire.

Principiul al zecelea se referă la negocierea sau renegocierea creanțelor, care trebuie să se facă cu prioritate, în vederea încheierii concordatului preventiv.

Principiul treisprezece stabilește că toate procedurile prevăzute de acest act normativ sunt coordonate de practicieni în insolvență și se desfășoară sub controlul instanțelor.

3. Definițiile, inclusiv cele referitoare la mandatul ad-hoc și la concordatul preventiv, sunt cuprinse în art. 5 al legii.

Prima definiție (pct. 17) se referă la concordatul preventiv. Acesta este un contract – deci concordatul preventiv are un caracter contractual. Pentru a fi valabil încheiat și omologat de judecătorul-sindic, contractul trebuie să se încheie între debitor și creditorii care dețin 75% din creanțele acceptate și necontestate.

Fundamentul contractului îl constituie planul de redresare și de realizare a creanțelor, propus de debitor și acceptat de creditorii. Interesant este faptul că este suficientă majoritatea de 75% din valoarea creanțelor *necontestate*. Acest procent poate duce la omologarea concordatului, chiar dacă nu vorbim de 75% din valoarea totală a masei credale.

Se ridică întrebarea ce se întâmplă cu creanțele contestate de către debitor, în cazul în care acesta pierde în dosarele respective și nu mai are un concordat semnat cu deținătorii a 75% din valoarea creanțelor *necontestate*. Ar trebui oare să se aștepte până la pronunțarea unei hotărâri definitive în contestație și doar apoi să se omologheze concordatul sau se va putea omologa concordatul și înainte de pronunțarea unei astfel de hotărâri?

Consideram că a doua variantă este valabilă, pentru că celeritatea în astfel de proceduri este absolut indispensabilă^[1].

Punctul 27 al art. 5 *definește debitorul în dificultate financiară*. Această definiție este fundamentală pentru procedurile de prevenire a insolvenței.

Legea nr. 381/2009 definea în art. 1 – întreprinderea căreia i se aplica legea – ca fiind o întreprindere în dificultate financiară, fără a fi în stare de insolvență. Legea nouă, la punctul 27 al art. 5 definește debitorul în dificultate financiară *ca executându-și sau fiind capabil să execute obligațiile exigibile, dar care are un grad de lichiditate redus sau un grad de îndatorare ridicat*.

Aceste situații pot afecta îndeplinirea obligațiilor în funcție de resursele generate din activitate sau atrase din activitatea financiară. Este deci evident că nu se mai poate vorbi de concordat preventiv în cazul în care insolvența este deja declanșată.

Punctul 36 al art. 5 *definește mandatul ad-hoc* ca fiind o procedură confidențială care are ca scop realizarea unei înțelegeri între debitor și unul sau mai mulți creditori, pentru a depăși starea de dificultate financiară.

Modificările importante aduse prin Codul insolvenței constau în schimbarea denumirii de *conciliator* cu aceea de *administrator concordatar* dar, mai ales, în posibilitatea de a

^[1] Exprimăm opinia în sensul că poate va fi necesară o întrebare preliminară adresată I.C.C.J., care să lămurească acest aspect.

include și ANAF în rândul creditorilor care pot fi cuprinși în această procedură, cu condiția de a trece testul creditorului privat.

Secțiunea a 2-a. Procedura mandatului ad-hoc

4. Această procedură a apărut pentru prima dată în Franța, ca o creație de drept pretorian, fiind inclusă în legislația franceză foarte recent.

Echipa care a lucrat la realizarea proiectului de act normativ a considerat util să adauge această procedură, deși inițial se preconiza numai reglementarea concordatului preventiv. S-a considerat că este necesară și o procedură „în afara curții”, care să fie extrem de rapidă și confidențială.

Procedura este în mod evident *necontencioasă*, iar rolul instanței se reduce la a constata dacă într-adevăr întreprinderea are „dificultăți serioase” și dacă mandatarul propus îndeplinește condițiile legale.

În conformitate cu prevederile art. 10 alin. (1) mandatarul ad-hoc trebuie să fie un practician în insolvență autorizat conform legii.

5. Dacă cele două condiții sunt îndeplinite, președintele tribunalului va admite cererea și va desemna, prin încheiere executorie, *mandatarul ad-hoc*. Onorariul mandatarului ad-hoc se stabilește, provizoriu, de către președintele instanței și poate fi modificat, doar la cererea mandatarului, cu acordul debitorului.

În conformitate cu prevederile art. 13 alin. (2), mandatarul ad-hoc numit va avea ca obiectiv realizarea unei înțelegeri între debitor și unul sau mai mulți creditori ai săi, în vederea salvagărdării acestuia, păstrării locurilor de muncă și plății datoriilor.

Legea precizează și mijloacele de care se poate folosi mandatarul pentru atingerea scopului său, după cum urmează: „Acesta va putea propune ștergeri, reeșalonări sau reduceri parțiale de datorii, continuarea sau încetarea unor contracte în curs, reduceri de personal precum și orice alte măsuri considerate a fi necesare”.

Putem constata că nu există o limitare a măsurilor pe care mandatarul le poate propune, dar este absolut necesar ca acestea să fie acceptate de către debitor și creditorii săi, pentru că altfel nu se va putea realiza înțelegerea la care se referă textul de lege.

Mandatarul ad-hoc trebuie să întrunească mai multe *calități*, să poată analiza situația economico-financiară a întreprinderii, să aibă aptitudini și cunoștințe manageriale dar, mai ales, să fie un foarte bun *negociator*. Tehnica negocierii cu debitorul și, mai ales, cu creditorii, va fi determinantă în succesul sau insuccesul mandatarului.

Nici perioada de timp care stă la dispoziția mandatarului nu este prea lungă. El trebuie să realizeze înțelegerea într-un termen de 90 de zile de la desemnare. Legiuitorul a stabilit un termen destul de scurt, considerând că pentru realizarea unei astfel de înțelegeri nu este necesară o perioadă lungă de timp.

De altfel, această procedură nici nu poate fi folosită cu prea mare succes, pentru a stopa o eventuală deschidere a procedurii de insolvență. Acest fapt se datorează împrejurării că, spre deosebire de concordat și mai ales de procedura insolvenței, nu se acordă nicio protecție legală debitorului. Acțiunile împotriva sa nu pot fi stopate.

De aceea considerăm că procedura mandatului ad-hoc este destinată unor întreprinderi viabile, dar, care, din cauza unor condiții economice neprielnice, sunt într-o dificultate financiară care într-un viitor, mai mult sau mai puțin îndepărtat, le-ar putea duce la o adevărată stare de insolvență.

Pentru ca mandatarul ad-hoc să aibă succes, negocierile, în opinia noastră, vor trebui să fie purtate cu potențiali creditori financiari sau comerciali cu care relațiile debitorului au fost foarte bune un timp îndelungat, creându-se astfel o stare de încredere reciprocă. Astfel de potențiali creditori ar putea înțelege necesitatea *restructurării datoriiilor* și un argument important ar fi cel de continuare a relațiilor tradiționale benefice pentru ambele părți.

Cineva ar putea să se întrebe, văzând și dificultățile arătate mai sus, pentru ce este necesară o astfel de procedură dacă nu se acordă nicio protecție debitorului? De ce nu ar fi posibilă realizarea unei înțelegeri între debitor și creditori în afara oricărei proceduri legale? În opinia noastră, considerăm că nimeni și nimic nu se poate opune realizării unei înțelegeri în afara oricărei proceduri legale. Importanța prevederilor privind mandatul ad-hoc este dată însă de numirea mandatarului ad-hoc de către președintele tribunalului, după verificarea stării de dificultate financiară în care se află întreprinderea, fără ca aceasta să fie în stare de insolvență. La aceasta se adaugă *obligatia de confidențialitate* stabilită de lege pentru toți participanții la procedură. În acest fel, debitorul și creditorii pot să desfășoare negocierile fără teama că starea de dificultate financiară a întreprinderii va ajunge la cunoștința altor persoane.

Mandatul ad-hoc încetează prin denunțarea unilaterală a mandatului de către debitor sau de mandatarul ad-hoc, prin nereușita mandatului în termenul stabilit conform legii sau, în cazul fericit, prin încheierea înțelegerii între părți.

Printr-o încheiere definitivă, la cererea mandatarului ad-hoc sau a debitorului, președintele tribunalului va constata încetarea mandatului.

Secțiunea a 3-a. Procedura concordatului preventiv

§1. Modificări aduse prin Codul insolvenței

6. Putem afirma că, dacă în privința mandatului ad-hoc, Codul insolvenței nu aduce schimbări importante, nu așa stau lucrurile cu privire la concordatul preventiv.

Astfel cum arătam mai sus, această procedură nu a fost folosită pe cât ar fi fost cazul, iar atunci când a fost utilizată s-a făcut fără a se ține seama că, de multe ori, debitorii respectivi se aflau în stare de *insolvență efectivă*, adică nu puteau achita datoriile exigibile cu sumele de bani disponibile în conturi. De aceea a fost necesară o definiție foarte clară a *debitorului aflat în dificultate financiară* (art. 5 pct. 27).

Considerăm că s-ar putea avea în vedere și situația în care, deși disponibilul în cont la un moment dat, nu permite achitarea tuturor datoriilor exigibile, posibilitatea lichidării rapide a unor active, cum ar fi acțiuni, creanțe, obligațiuni etc. poate conduce la ideea de a se realiza un concordat preventiv.

O modificare importantă se referă la *cauzele* care pot duce la imposibilitatea de a se recurge la un concordat preventiv [art. 16 lit. a) și b)]. Astfel, la lit. a) s-a adăugat condiția să fie vorba de un concordat *echuat*.

Litera b) a textului cuprinde totalitatea cauzelor care exclud debitorul de la posibilitatea încheierii unui concordat preventiv. Acest text diferă mult de textul art. 13 din Legea nr. 381/2009; astfel, dacă art. 13 făcea referire doar la două acte normative, art. 16 lit. b) se referă la 8 acte normative.

Referirea la Legea nr. 75/2009 privind înscrierea unor fapte în cazierul fiscal a fost eliminată, iar lit. c) a art. 16 are prevederi convergente cu cele ale art. 13 lit. e) din Legea nr. 381/2009.

Putem înțelege din textul așa cum a fost modificat că au fost eliminate majoritatea obstacolelor din textul precedent, care erau criticabile. S-a menținut interdicția doar pentru infracțiuni săvârșite de administratori/acționari, prevăzute de actele normative enumerate, în cei cinci ani anteriori deschiderii procedurii prevăzute de lege.

§2. Organele care aplica procedura

7. Tot această secțiune a Capitolului III reglementează și *atribuțiile participanților la procedura concordatului preventiv*, în art. 17-22 – judecătorul-sindic, administratorul concordatar și adunarea creditorilor concordatari.

Atribuțiile judecătorului-sindic nu diferă de atribuțiile stabilite de art. 14 din Legea nr. 381/2009. Articolul 18, spre deosebire de art. 15 din Legea nr. 381/2009, se referă numai la procedura de judecată în camera de consiliu și la citare, alineatele 3, 4 și 5 fiind transferate în Capitolul I – „Dispoziții generale” din Titlul I, în cadrul art. 8 alin (3) (4) și (5). Singura schimbare este dată de faptul că hotărârile nu mai sunt definitive, ci doar *executorii*.

După atribuțiile judecătorului-sindic, în cadrul art. 19 sunt stabilite *atribuțiile administratorului concordatar* (noua denumire a conciliatorului). Acestea sunt similare cu cele prevăzute în Legea nr. 381/2009 în cadrul art. 16 și sunt deosebit de importante. Se precizează, în mod clar, că oferta de concordat se elaborează de către administratorul concordatar împreună cu debitorul și va cuprinde cele două aspecte, respectiv proiectul de concordat și planul de redresare; evident că în proiectul de concordat va fi cuprins și onorariul administratorului concordatar.

Administratorul concordatar va întocmi două tabele, cel al tuturor creditorilor, care include și creditorii contestați sau deja în litigiu și cel al creditorilor concordatari, adică al creditorilor cu care *s-a ajuns la o înțelegere* și în legătură cu creanțele cărora se stabilește îndeplinirea condiției de omologare, constatarea concordatului fiind eliminată.

Fiind cel care întocmește tabelele menționate, administratorul concordatar va trebui să verifice creanțele contestate (cele în litigiu sunt probate prin documente corespunzătoare). În opinia noastră, va fi necesară prezentarea unei acțiuni introduse la instanță și se va elimina întreaga creanță sau suma în litigiu, dacă părțile nu convin altfel.

O altă atribuție este aceea de *supraveghere* a îndeplinirii obligațiilor asumate prin concordat. Această supraveghere se deosebește radical de supravegherea debitorului în procedura de insolvență. Ea se referă numai la îndeplinirea obligațiilor asumate de către acesta și, în primul rând, la obligația de plată a sumelor convenite. De aici și obligația corelativă a administratorului concordatar de a informa imediat creditorii asupra neîndeplinirii sau îndeplinirii necorespunzătoare a obligațiilor.

Raportul administratorului concordatar poate fi *lunar* sau *trimestrial* și va conține și opinia sa în legătură cu eventualele motive de rezoluțiune a concordatului sau că nu există astfel de motive.

La atribuțiile analizate mai sus se adaugă convocarea adunării creditorilor, cererea de închidere a procedurii și orice altă atribuție stabilită de concordat sau de judecătorul-sindic. Deci, spre deosebire de administratorul judiciar, care îndeplinește atribuțiile

stabilite de lege sau de judecătorul-sindic, administratorului concordatar i se pot stabili atribuții și prin concordat, propuse de debitor sau de creditorii.

8. *Onorariul provizoriu al administratorului concordatar nu se stabilește de către judecător și nici de către creditorii, ci va fi rezultatul negocierii dintre debitor și administratorul concordatar.*

Confirmarea administratorului concordatar se propune prin proiectul de concordat preventiv conform alin. (6) al art. 24 din Cod.

De asemenea, prin proiect se propune și onorariul (pentru viitor) al acestuia. Onorariul poate fi o sumă fixă, o indemnizație lunară sau de succes. Textul art. 20 alin. (2) stabilește și anumite criterii în funcție de care se stabilește onorariul, și anume activitatea debitorului sau complexitatea planului de redresare.

De fapt, onorariul fiind plătit de către debitor și neimpietând asupra sumelor ce urmează a fi primite de către creditorii, se stabilește prin negociere între acesta și administratorul concordatar. Nu vedem de ce creditorii ar avea obiecții în legătură cu onorariul administratorului concordatar, atâta timp cât nu este suportat de ei și nu îi afectează în niciun fel.

9. Tot în secțiunea a doua sunt stabilite și *atribuțiile adunării creditorilor și modul de convocare și de lucru al acesteia.*

Convocarea adunării creditorilor se face în conformitate cu prevederile art. 21 alin. (2) – de către administratorul concordatar. Hotărârea administratorului concordatar se ia direct de către acesta (din oficiu), ori de câte ori consideră necesar, sau la cererea creditorilor deținând 10% din valoarea totală a creanțelor concordatate.

Rezultă că textul se referă la solicitarea de convocare a adunării creditorilor, după ce concordatul a fost votat și are în vedere creanțele creditorilor care au acceptat concordatul. Această concluzie este întărită de prevederile art. 27 alin. (4) care se referă la convocarea adunării creditorilor la cererea creditorilor care dețin cel puțin 10% din valoarea totală a masei credale, în vederea votării concordatului.

Putem concluziona deci că adunarea creditorilor se convoacă la cererea creditorilor care dețin 10% din *totalul masei credale*, dacă este vorba de *votarea concordatului* și la cererea creditorilor care dețin 10% din *valoarea creanțelor concordatate după votarea acestuia*.

10. Ședința adunării creditorilor concordatari este organizată și prezidată de către administratorul concordatar, iar hotărârile se adoptă cu majoritatea ca valoare a creanțelor concordatate prezente. *Votul pentru aprobarea concordatului este complet diferit, astfel cum vom vedea în continuare.*

Exercitarea votului se poate face și prin corespondență, fără a exista obligațiile de formalism prevăzute de procedura insolvenței. Se vor respecta regulile pentru emiterea unui document valabil de către o persoană fizică sau juridică.

Se poate solicita sau dispune și convocarea adunării tuturor creditorilor, conform art. 27 din lege, în aceleași condiții. Spre deosebire de prevederile Legii nr. 381/2009, prin Codul insolvenței se adoptă hotărâri cu majoritatea ca valoare a creanțelor creditorilor prezenți. Această modificare va determina *accelerarea procedurii* și îi va face pe creditorii concordatari să participe la adunările convocate. Atribuțiile adunării creditorilor au fost restrânse și se referă numai la aprobarea rapoartelor administratorului concordatar, desemnarea reprezentantului creditorilor și la faptul că este titularul acțiunii în rezoluțiune a concordatului.

Evident că cea mai importantă atribuție a adunării este cea privind votarea concordatului dar, în conformitate cu prevederile art. 27 din Codul insolvenței, votul se exprimă, în principiu, prin corespondență.

A fost eliminată prevederea care conferea adunării creditorilor posibilitatea să desemneze un nou administrator concordatar și să-i stabilească onorariul și, de asemenea, prevederea care dispunea participarea debitorului la aceste adunări.

Spre deosebire de textul vechii legi, noul act normativ nu prevede că acțiunea în rezoluțiune se va exercita prin reprezentantul creditorilor. În acest fel este de presupus că oricine ar putea să fie desemnat să reprezinte creditorii. Cu toate acestea, mai firesc este ca reprezentantul ales să fie cel care reprezintă creditorii. Evident că orice măsură de renunțare trebuie să aibă acordul adunării creditorilor, care este titularul acțiunii în rezoluțiunea contractului.

Secțiunea a 4-a. Deschiderea procedurii de concordat

11. Ca și mandatul ad-hoc, concordatul preventiv este o procedură în exclusivitate la îndemâna (inițiativa) debitorilor. Spre deosebire de mandatul ad-hoc însă, așa cum arătam mai sus, există debitori care, în condițiile art. 16 sunt considerați „neeligibili” pentru a utiliza procedura concordatului preventiv.

În legătură cu conținutul cererii, legiuitorul nu a prevăzut nimic în afara faptului că aceasta trebuie să cuprindă propunerea de numire a administratorului concordatar provizoriu. Ar fi fost indicat ca prin cerere să se propună și onorariul provizoriu al administratorului concordatar, dar acest aspect nu a fost prevăzut nici de noua lege. În aceste condiții, considerăm că cererea trebuie să fie extrem de simplă și să arate, pe scurt, motivele care au determinat introducerea sa.

Din păcate, actul normativ nu prevede un termen pentru discutarea cererii și există riscul ca numirea administratorului concordatar, propus de debitor, să dureze foarte mult. Trebuie ținut seama însă că avem de a face cu o *procedură necontencioasă*, iar încheierea de numire a administratorului concordatar este *executorie*. Considerăm că în această situație se aplică prevederile art. 536 și 537 NCPC și judecătorul-sindic va putea deschide procedura și numi administratorul concordatar propus prin cererea debitorului în termen de 3 zile și fără citarea părților. Pronunțarea rapidă a hotărârii de deschidere a procedurii și de numire a administratorului concordatar este extrem de importantă, deoarece de la acea dată începe curgerea termenului pentru depunerea ofertei de concordat preventiv.

12. Sarcina de elaborare a *ofertei* revine administratorului concordatar și debitorului, deci putem vorbi de o ofertă realizată în comun, spre deosebire de procedura insolvenței, în cadrul căreia planul de reorganizare se elaborează separat de către fiecare participant la procedură cu o astfel de vocație – debitor, creditor sau administrator judiciar. Evident că nu există niciun impediment în realizarea unei colaborări, dar aceasta nu este obligatorie.

Odată cu oferta de concordat trebuie depusă și lista creditorilor. Termenul de 30 de zile este, în opinia noastră, un termen de recomandare, deoarece nu se prevede nicio sancțiune pentru nedepunerea listei și a ofertei în interiorul său. Cu toate acestea, debitorul și administratorul concordatar numit vor fi interesați să depună cât mai repede oferta de concordat, pentru că numai după ce aceasta a fost depusă, vor putea solicita suspendarea executărilor silite în condițiile Codului de procedură civilă.

Oferta de concordat preventiv se notifică creditorilor de către administratorul concordatar, prin mijloace rapide de comunicare, cu confirmare de primire. Întrebarea care se pune este dacă trebuie notificați toți creditorii sau se poate opta numai pentru notificarea unora dintre ei, aceasta întrucât legea nu face referire la lista creditorilor, ci doar la creditori.

Un prim răspuns ar putea fi acela că notificarea se va adresa doar creditorilor cu care debitorul dorește să încheie concordatul și care reprezintă 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate.

Un alt răspuns ar fi că obligația de notificare se referă la totalitatea creditorilor. Credem că mai degrabă al doilea răspuns este valabil și aducem ca argument prevederile art. 32 alin. (1) care acordă posibilitatea unui creditor, care obține un titlu în timpul procedurii concordatului omologat, să adere la acesta.

Putem considera că există obligația de a se notifica toți creditorii dar, având în vedere natura convențională din punct de vedere juridic a concordatului, acesta se va încheia numai cu creditorii cu care debitorul dorește sau reușește să îl încheie, evident ținând cont de dispozițiile art. 28 și art. 30 din Cod.

În legătură cu procedura privind depunerea ofertei, textul alin. (5) al art. 23 prevede că aceasta se va depune la dosarul cauzei, dar pentru opozabilitate față de terți se va depune și la grefa tribunalului, unde va fi înregistrată într-un registru special. Mai mult decât atât, după ce va fi notificată se va face mențiune și în registrul comerțului unde este înregistrat debitorul. Considerăm că opozabilitatea reală față de terți se va naște numai după notarea ofertei de concordat notificate în registrul comerțului, simpla înregistrare a acesteia la tribunal neconstituind o publicitate reală și eficientă.

13. În legătură cu *obligativitatea publicității* putem remarca diferența esențială între cele două proceduri, mandatul ad-hoc fiind strict confidențial spre deosebire de concordat.

Legiuitorul a considerat că nu poate fi confidențială o procedură ale cărei rezultate pot fi impuse creditorilor fără acordul lor și care poate avea efecte importante asupra executării silite a creanțelor deținute de aceștia.

Conținutul ofertei de concordat preventiv este extrem de clar reglementat de actul normativ. Aceasta va cuprinde proiectul de concordat, declarația privind starea de dificultate financiară, precum și lista creditorilor cunoscuți.

Declarația privind starea de dificultate financiară are importanță doar pentru înțelegerea exactă a situației debitorului. În opinia noastră, această declarație nu va avea decât rolul de a arăta, în concordanță cu lista creditorilor, că debitorul nu se află în stare de insolvență, pentru că este evident faptul că, dacă nu s-ar fi aflat în dificultate financiară, debitorul nu ar fi declanșat o astfel de procedură.

Lista creditorilor va cuprinde totalitatea creanțelor garantate (beneficiind de cauze de preferință) sau negarantate, recunoscute sau contestate, integral ori parțial. Lista trebuie să fie exhaustivă, pentru că ea va servi la verificarea condițiilor de omologare a concordatului de către judecătorul-sindic.

14. *Proiectul concordatului preventiv* constituie esența ofertei de concordat. El este extrem de asemănător unui plan de reorganizare și cuprinde foarte multe elemente pe care și planul trebuie să le cuprindă.

Un prim element îl constituie o situație financiară analitică a debitorului, certificată de un expert contabil, de către un auditor autorizat. Considerăm că atunci când există obligația legală ca societatea care face oferta de concordat să fie auditată anual se va folosi auditorul pentru certificarea situației financiare, în restul cazurilor certificarea făcându-se de un expert contabil autorizat.

Un alt element obligatoriu al proiectului de concordat îl constituie o analiză a *cauzelor* care au generat dificultățile financiare, precum și măsurile întreprinse de debitor pentru rezolvarea acestora, înaintea depunerii ofertei de concordat. În legătură cu măsurile luate de debitor, ar putea exista o problemă în cazul în care, la scurt timp după apariția dificultăților financiare, acesta declanșează procedura concordatului, fără a mai aștepta luarea unor măsuri care s-ar putea dovedi inefficiente. Într-o astfel de situație nu credem că creditorii vor respinge oferta pe acest considerent.

De asemenea, proiectul de concordat trebuie să cuprindă și o proiecție a evoluției financiare pe următoarele 24 de luni. Putem considera această parte a proiectului ca fiind partea introductivă a acestuia deși, în opinia noastră, proiecția financiară ar fi trebuit să facă parte din planul de redresare.

Acesta constituie partea a doua și cea mai importantă a proiectului de concordat preventiv.

15. Planul de redresare va cuprinde un șir de măsuri pentru revenirea debitorului la o situație stabilă din punct de vedere financiar, printre care și cele enumerate la alin. (2) al art. 24 din Cod.

Deși exprimarea este că planul de redresare trebuie să cuprindă „cel puțin” măsurile enumerate de text, nu credem că lipsa unora dintre acestea va constitui motiv de respingere sau temei pentru o acțiune în anulare sau în constatarea nulității lui. Ne întemeiem opinia pe faptul că literele a) și b) ale alin. (2) cuprind referiri exemplificative, folosindu-se termenul „precum”.

Reorganizarea debitorului poate fi făcută prin restructurarea conducerii, modificarea structurii funcționale sau reducerea personalului și, adaugă legiuitorul, prin orice alte măsuri considerate a fi necesare. Putem concluziona că reorganizarea debitorului ar fi obligatorie, numai măsurile prin care aceasta se realizează fiind lăsate la facultatea realizatorilor planului de redresare. În realitate, așa cum am arătat, această măsură este obligatorie doar dacă fără realizarea ei nu s-ar putea ajunge la redresarea financiară a debitorului.

În continuare, textele normative enumeră metode de depășire a stării de dificultate, folosindu-se același termen „precum”. Argumentația de mai sus este valabilă și pentru aceste prevederi.

Putem spune că primele măsuri enumerate sunt, în principal, măsuri de reorganizare a întreprinderii, iar celelalte constituie mijloace de finanțare a continuării activității și plății obligațiilor. Se observă că noua reglementare diferă foarte mult de Legea nr. 381/2009. Astfel, pot exista contracte care depășesc termenul de 24 de luni sau modificări de contracte, prin care se prevăd eşalonări de plată în afara acestei perioade. După ce se va închide procedura de concordat, executarea acestor contracte va continua conform clauzelor prevăzute în acestea.

16. Termenul maxim de concordat este de 24 de luni, la care se pot adăuga încă 12 luni de prelungire, deci vorbim de fapt de 3 ani în total.

În primul an este obligatorie plata a 20% din valoarea creanțelor, așa cum au fost stabilite prin concordat. Această prevedere poate fi considerată ca o compensație pentru posibilitatea prelungirii duratei concordatului cu 1 an.

Și în cazul concordatului se aplică *testul creditorului privat* pentru creanțele bugetare. Este o schimbare esențială față de prevederile Legii nr. 381/2009, care erau limitative, deoarece orice achiesare la reducerea creanței era considerată ajutor de stat.

Conform jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene este suficient un rezultat favorabil al testului creditorului privat, care demonstrează că suma propusă este superioară sumei ce ar putea fi obținută în procedura falimentului.

Unul dintre cele mai importante efecte ale depunerii ofertei de concordat preventiv îl constituie posibilitatea debitorului de a solicita *suspendarea provizorie a executărilor silite*, în conformitate cu prevederile art. 996 NCPC. S-ar putea ridica întrebarea de ce o astfel de procedură ar putea fi importantă pentru debitor, ținând cont de faptul că sunt excluse de la eligibilitate, pentru aplicarea prevederilor acestui titlu, întreprinderile aflate în stare de insolvență. Răspunsul este dat în primul rând de faptul că nu este necesară starea de insolvență pentru declanșarea unei executări silite. De exemplu, creditorul fiscal poate executa o creanță, chiar și contestată, prin simpla emitere a unui titlu executoriu. Debitorul poate hotărî, la rândul său, că, deși are suficiente suma de bani în cont pentru a acoperi anumite creanțe, nu dorește să o facă din varii motive.

Cererea de suspendare se judecă de urgență în camera de consiliu și, dacă este admisă, suspendarea provizorie se va menține până la pronunțarea unei hotărâri executorii de omologare sau până la respingerea concordatului de către majoritatea creditorilor.

Situația este complicată însă în ceea ce privește concordatul omologat, pentru că în legătură cu omologarea nu este obligatorie publicitatea prin registrul comerțului, iar suspendarea nu se produce de drept, ci se dispune de către judecător.

Întrebarea care se ridică este dacă procedurile declanșate de creditorii *nesemnțari* vor putea fi considerate suspendate provizoriu până la omologare. Prevederile alin. (3) al art. 25 fac referire la încetarea suspendării în momentul respingerii concordatului prin vot de către creditorii ale căror creanțe *necontestate* compun masa credală, conform legii.

Secțiunea a 5-a. Încheierea și omologarea concordatului preventiv

17. Prima fază a aprobării concordatului preventiv de către creditorii constă în desfășurarea de *negocieri* între aceștia și debitor.

Negocierile se desfășoară în prezența administratorului concordatar și pot fi bilaterale sau multilaterale. Negocierile sunt inițiate fie de debitor, fie de creditorii. Textul normativ are însă o prevedere interesantă, și anume că inițiativa desfășurării negocierilor poate aparține și acționarilor semnificativi sau asociaților societății, care dețin controlul. Oricum, această posibilitate acordată acționarilor semnificativi sau asociaților de a iniția negocieri este și greu de explicat și dificil de pus în practică. În mod firesc, negocierile sunt purtate de reprezentanții desemnați ai societății respective – președintele sau membrii consiliului de administrație sau alte persoane desemnate de consiliul de administrație.

Într-o societate acționarii/asociații se implică în luarea deciziilor doar în cadrul adunărilor generale. Legiuitorul a statuat că asociații/acționarii semnificativi pot avea inițiativa purtării unor negocieri, fără însă a preciza dacă aceștia pot *participa efectiv* la ele.

În ce ne privește, nu credem că acționarii sau asociații, care dețin controlul, se pot implica efectiv în negocieri, fără a avea un *mandat* în acest sens din partea adunării generale. Doar dacă adunarea generală a acționarilor hotărăște să-i mandateze în acest sens, acești asociați sau acționari se pot astfel implica.

Negocierile, conform prevederilor [art. 26 alin. (3)] din Codului insolvenței nu pot dura mai mult de 60 de zile calendaristice. Dacă ne întrebăm care este natura juridică a acestui termen, înclinăm să credem că este vorba despre un *termen de recomandare* și nu de decădere, pentru că nu se prevede nicio sancțiune dacă este depășit. Aceasta deși exprimarea folosită de legiuitor „*nu va depăși*” – indică un text imperativ. Ne putem întreba însă, într-o atare situație, dacă s-ar putea declanșa o acțiune în constatarea nulității concordatului pentru nerespectarea unei dispoziții legale imperative. Este greu de crezut acest aspect, având în vedere și faptul că o astfel de depășire a termenului nu poate cauza prejudicii creditorilor.

Cu toate acestea, deși este dificil, este recomandabil să se finalizeze negocierile în termenul stabilit de lege, în caz contrar putându-se solicita aprobarea judecătorului pentru o prelungire a termenului, deși legea nu a prevăzut expres o astfel de posibilitate, dar nici nu a interzis-o.

18. În urma finalizării negocierilor cu creditorii, oferta de concordat va fi refăcută (dacă va fi cazul) și va fi supusă votului acestora.

Procedura de votare se va desfășura, în principiu, prin corespondență. Termenul acordat de lege creditorilor pentru a-și exprima punctul de vedere este tot de 60 de zile calendaristice și începe să curgă de la data primirii de către fiecare a ofertei concordatului preventiv, așa cum a rezultat în urma negocierilor desfășurate. Putem spune deci că termenul se împlinește numai după trecerea a 60 de zile de când *ultimul creditor* a primit oferta de concordat, menționată mai sus.

Comunicarea ofertei se va face prin mijloace rapide, iar votul se va transmite prin aceleași mijloace care permit să se facă dovada transmiterii.

Textul art. 27 alin. (2) conține o prevedere interesantă, și anume că „*orice condiționare a votului este considerată vot negativ*”. De exemplu, dacă un creditor votează pentru aprobarea concordatului, dar solicită să primească o altă sumă decât cea prevăzută în acesta sau la altă scadență, se va considera că a votat *împotriva* concordatului. Această prevedere este justificată de faptul că, înaintea supunerii la vot, oferta de concordat a fost negociată cu creditorii și, dacă un creditor dorește să mai facă modificări, după finalizarea negocierii, se poate considera că nu este de acord cu concordatul așa cum a rezultat în urma negocierilor.

Considerăm că și termenul pentru transmiterea votului este tot unul de *recomandare*, dar, pentru a evita orice discuții și contestații ulterioare, este preferabil ca votul să fie transmis în interiorul termenului prevăzut de lege.

19. Dacă va considera necesar, în cazuri excepționale, *administratorul concordatar* va putea *convoca o adunare a tuturor creditorilor*. Textul nu face o enumerare a cazurilor excepționale și nici nu le definește în vreun fel.

Considerăm că, de fapt, legiuitorul a vrut să stabilească, fără urmă de dubiu, că regula o constituie votul prin corespondență, lăsând însă posibilitatea administratorului concordatar de a convoca adunarea creditorilor, dacă va considera că acest lucru este necesar. De exemplu, administratorul concordatar va putea convoca o astfel de adunare dacă unul

sau mai mulți creditori vor solicita informații suplimentare în legătură cu componentele ofertei de concordat sau vor arăta că sunt necesare clarificări în legătură cu aceasta.

Ne putem pune întrebarea dacă, în cazul în care se transmit *voturi condiționate*, administratorul concordatar va putea convoca adunarea creditorilor pentru lămuriri suplimentare. Credem ca răspunsul este negativ, având în vedere precizarea foarte clară a legii care consideră votul condiționat ca fiind un vot negativ.

În afară de administratorul concordatar, care poate convoca în mod excepțional adunarea tuturor creditorilor, aceasta poate fi convocată *la cererea creditorilor* deținând cel puțin 10% din valoarea totală a creanțelor. Convocarea se va face de către administratorul concordatar în termen de 5 zile de la primirea solicitării, prin mijloace de comunicare rapide.

În afara condiției menționate mai sus, legea a impus și o altă condiție și, anume ca această solicitare să se facă în termenul de 60 de zile prevăzut de alin. (2) al art. 27. De această dată, considerăm că este vorba de un *termen de decădere*, pentru că după împlinirea lui votarea se va considera finalizată.

În schimb, nu avem niciun dubiu că termenul de 5 zile, pentru convocarea adunării creditorilor, este doar unul *de recomandare*. Putem observa că legiuitorul nu a dorit să limiteze în vreun fel dreptul creditorilor de a solicita convocarea adunării, singurele condiții impuse fiind cele menționate mai sus.

Deoarece prin lege nu s-a fixat un *cvorum* pentru adunarea creditorilor, se poate pune întrebarea pertinentă, ce se va întâmpla în situația în care la adunarea creditorilor nu se prezintă un număr de creditori suficient pentru aprobarea concordatului?

Pot exista mai multe variante de răspuns, în funcție de situația faptică.

Dacă numărul de voturi favorabile transmise în scris, adăugat la numărul de voturi favorabile exprimat în adunare, depășește norma fixată de lege, atunci concordatul poate fi considerat aprobat, iar, în caz contrar, va fi considerat respins.

Se poate pune însă întrebarea, extrem de relevantă, dacă votul unui creditor care nu participă la adunare poate fi transmis în scris până la data ținerii acesteia, deși în acest mod se depășește termenul de 60 de zile stabilit de lege.

Considerăm că, pentru egalitate de tratament, votul exprimat în scris, după trecerea termenului de 60 de zile, dar care ajunge la administratorul concordatar până în ziua adunării creditorilor (care va putea fi convocată după scurgerea termenului de 30 de zile) trebuie să fie considerat ca fiind valabil exprimat.

20. Pentru a fi considerat aprobat de către creditori, concordatul trebuie să întrunească votul a 3/4 din valoarea creanțelor *acceptate și necontestate*. Este extrem de interesantă această modalitate de aprobare a concordatului, deoarece, la prima vedere, ar părea că debitorul ar putea să elimine o parte dintre creditori prin contestarea totală sau parțială a creanțelor acestora.

Este irelevantă această posibilitate, în opinia noastră, pentru că un concordat aprobat astfel nu este opozabil creditorilor nesemnatați și aceștia își vor putea recupera creanțele dacă vor fi îndeplinite condițiile legale pe orice cale judiciară. Acest aspect arată în mod clar că un concordat preventiv nu va trebui să fie încheiat cu toți creditorii și că, de multe ori, el poate să ducă la rezolvarea problemelor financiare ale debitorului, chiar și printr-o restructurare parțială a datoriilor.

În orice caz, debitorul va trebui să fie extrem de atent și să rezolve orice situație dificilă, izvorâtă din pierderea proceselor cu creditorii care nu au dorit să participe la concordat și care, chiar și după încheierea acestuia, vor încerca să-și recupereze sumele datorate.

Nu avem niciun dubiu că, într-o astfel de situație, singura soluție va fi achitarea datoriiilor față de acești creditori. De fapt, ceea ce vrem să subliniem este că pentru reușita concordatului este important să se ajungă la înțelegere cu creditorii *cei mai importanți*, restul urmând a fi plătiți în măsura în care sumele le sunt datorate.

Codul prevede și o excepție, conform căreia în calculul majorității de 3/4 – menționate mai sus – nu vor fi cuprinse voturile unor categorii de creditori prevăzute la alin. (6) al art. 27, și anume creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul, în cazul în care concordatul le acordă mai puțin decât falimentul.

Oricum însă, dovada existenței condițiilor pentru înlăturarea dreptului de vot va trebui să fie făcută de către cel care susține că unui creditor îi sunt aplicabile aceste prevederile legale sau de cel care va contesta votul pentru acest motiv.

Astfel, toate prevederile din Legea nr. 381/2009 care aveau o influență nefastă asupra votului au fost înlăturate.

21. În cazul în care concordatul va fi aprobat de creditori, în condițiile art. 27 alin. (5), administratorul concordatar va solicita judecătorului-sindic *omologarea* acestuia. Conform art. 28 alin. (2) *omologarea* concordatului de către judecătorul-sindic se pronunță în camera de consiliu, numai în prezența administratorului concordatar care își va susține cererea.

Având în vedere faptul că cererea de *omologare* aparține administratorului concordatar și că debitorul sau creditorii nu participă la procedura de *omologare*, este evident faptul că numai administratorul concordatar va putea introduce apel, în cazul în care cererea sa va fi respinsă de judecător.

Așa cum se precizează prin art. 28 alin. (2) ultima teză, cererea de *omologare* poate fi respinsă doar pentru *motive de nelegalitate*. De exemplu, judecătorul-sindic ar putea să respingă o astfel de cerere dacă va constata că votul favorabil nu s-a dat cu respectarea tuturor condițiilor stabilite de lege.

Evident că hotărârea de respingere a cererii de *omologare* va avea efecte deosebit de grave asupra debitorului. Într-o astfel de situație nu vor mai fi aplicabile prevederile art. 29 alin. (1) cu privire la suspendarea de drept a executărilor silite și debitorul va putea fi executat de către oricare din creditorii săi. De aceea se impune introducerea căii de atac a apelului (dacă este justificat) împotriva hotărârii de respingere și să se solicite, totodată, și suspendarea executării hotărârii de respingere pronunțate de judecătorul-sindic. De asemenea, este recomandabilă depunerea unei cereri de suspendare provizorie a hotărârii respective, în temeiul prevederilor Codului de procedură civilă.

În urma pronunțării unei hotărâri de *omologare* a concordatului preventiv, acesta se va comunica creditorilor de către administratorul concordatar, care va face mențiune în registrul în care este înregistrat debitorul.

22. Forța unui concordat preventiv este dată, așa cum arătam mai sus, de posibilitatea *omologării* acestuia de către judecătorul-sindic. *Omologarea* se solicită de către administratorul concordatar, în vederea transformării concordatului dintr-un act juridic opozabil numai celor care l-au acceptat într-unul opozabil și creditorilor de orice fel, contestați sau necontestați sau care nu l-au acceptat. Pentru a acorda o astfel de putere unei convenții,

legiutorul a înțeles să impună o serie de *condiții* extrem de restrictive, a căror îndeplinire urmează a fi verificată de către acesta, înainte de omologare.

Condițiile, așa cum prevede art. 28 alin. (1) din Cod, trebuie îndeplinite *cumulativ*, neîndeplinirea uneia dintre ele ducând la respingerea cererii de omologare.

Condiția ce se referea la existența stării de dificultate financiară a fost eliminată.

Prima condiție de omologare este ca valoarea creanțelor contestate sau în litigiu să nu depășească 25% din totalul masei credale. În cazul omologării, raportarea se face la totalul masei credale. Această primă condiție, negativă, este menită a împiedica depunerea de contestații în mod abuziv, în privința unor creanțe foarte importante ca valoare; într-o astfel de situație, posibilitatea unui concordat dispare chiar înainte de a se verifica condiția pozitivă.

Cea de-a doua condiție, pozitivă, se referă la votarea concordatului, în mod obligatoriu, de către creditorii care dețin minim 75% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate. Aceasta înseamnă, matematic, că este posibil un concordat pentru care votează 9/16 din valoarea totală a creanțelor, (adică 56,3%), ceea ce reprezintă un regim mult mai permisiv decât cel anterior și care, totuși, impune cerința unei majorități absolute din masa credală. Această condiție acoperă de fapt și situația creditorilor ale căror creanțe nu sunt nici contestate, nici în litigiu dar care, pur și simplu, dintr-un motiv sau altul, nu iau parte la procedura concordatului.

În cazul în care se dorește omologarea concordatului, debitorul și administratorul concordatar vor fi obligați să facă eforturi maxime pentru a convinge toți creditorii, înregistrați în contabilitatea societății, să participe la procedură, altfel existând riscul major ca cererea de omologare să fie respinsă.

23. Efectele omologării concordatului preventiv sunt prevăzute la art. 29 și art. 30 din cod.

a) *Efectul principal* al omologării concordatului, și anume suspendarea executărilor silită, este reglementat de două texte normative, și anume art. 29 alin. (1) și art. 30 alin. (1). O analiză atentă a acestora ar putea induce ideea unei contraziceri, în sensul că art. 29 alin. (1) prevede suspendarea *de drept* a urmărilor individuale, de la *data comunicării hotărârii de omologare*, față de *creditorii semnatori*, iar art. 30 alin. (1) prevede – mai larg – suspendarea *tuturor* procedurilor de executare silită, de la *momentul pronunțării omologării*. Prima întrebare care se ridică este față de care creditori se suspendă concordatul, față de cei semnatori, față de cei necontestați, indiferent dacă au semnat sau nu concordatul, sau față de toți creditorii? Iar a doua întrebare este de la ce moment se produce o astfel de suspendare, de la data comunicării hotărârii de omologare sau de la data pronunțării sale?

Referitor la prima întrebare, considerăm că suspendarea executărilor silită prevăzută de art. 30 alin. (1) este *distinctă* de suspendarea prevăzută de art. 29 alin. (1). Astfel, aceasta din urmă se aplică numai dacă nu fusese anterior introdusă sau admisă o cerere de suspendare provizorie, în temeiul art. 25 alin. (1). De asemenea, suspendarea prevăzută de art. 29 alin. (1) se aplică de la data comunicării hotărârii de omologare a concordatului (*ope legis*), iar efectele sale se produc față de creditorii *semnatori*. În schimb, suspendarea prevăzută de art. 30 alin. (1) este una *judiciară*, producând efecte de la data pronunțării. Durata acestei suspendări și domeniul său de aplicare sunt în strânsă legătură cu alin. (2) al aceluiași articol, și anume pentru *maxim 18 luni*, față de creditorii *nesemnatori* împotriva cărora este admisă și cererea de amânare a scadenței creanțelor. Astfel, judecătorul-sindic

va admite cererea se suspendare a executărilor, cu acest temei, numai dacă va amâna scadența plății creanțelor menționate în cadrul alin. (2), perioadă în care nu vor curge nici dobânzi sau penalități. Suspendarea constituie o dispoziție *separată* în cadrul hotărârii de omologare.

Este foarte clar că, în cazul concordatului omologat, creditorii *contestați* care *nu au fost de acord cu concordatul (nesemnatori)* pot obține un titlu executoriu ulterior omologării și, dacă nu aderă ulterior la concordat, vor putea să-și pună în executare, în orice mod, creanțele deținute. De aceea debitorul, pentru a nu-și periclita șansele de a respecta concordatul, va trebui să achite sumele datorate acestor creditori, în cazul obținerii unor hotărâri definitive.

De lege ferenda propunem ca, în ipoteza în care un concordat este omologat, să se suspende de drept toate procedurile de executare silită împotriva debitorului.

Totodată, în legătură cu aceste creanțe concordate, se suspendă și curgerea prescripției dreptului de a cere executare silită.

b) O altă consecință a omologării concordatului este prevăzută la alin. (2) al art. 29 și anume, aceea că *nu* se suspendă de drept curgerea dobânzilor, a penalităților și a oricăror alte cheltuieli față de creditorii semnatori. Pentru o astfel de suspendare este necesar acordul scris, menționat în concordat.

c) Un alt efect important al omologării este acela prevăzut de alin. (2) al art. 30, menționat mai sus. În acest sens, la cererea administratorului concordatar, judecătorul-sindic poate impune creditorilor nesemnatori ai concordatului un termen de amânare a scadenței creanței lor, care însă nu va putea depăși 18 luni și va fi condiționat de acordarea de garanții de către debitor. În această perioadă nu vor curge nici dobânzi, penalități și orice alte cheltuieli aferente creanțelor. Prevederile de mai sus nu se aplică în cazul contractelor financiare calificate și operaționale de compensare bilaterală, așa cum sunt definite de cod.

Iată că, în acest fel, creditorii nesemnatori dobândesc o poziție mult mai *dificilă* decât a creditorilor semnatori ai concordatului. De fapt, concordatul omologat nu devine opozabil în adevăratul sens al cuvântului creditorilor nesemnatori, pentru că nu le impune condițiile stabilite pentru ceilalți creditori, aspect care nici nu ar fi fost posibil.

Creditorii nesemnatori nu își vor putea recupera creanțele timp de 18 luni, timp în care nu vor curge nici dobânzi, nici penalități.

Pentru a „îndulci” acest regim juridic, legiuitorul a stabilit o condiție extrem de importantă și anume, acordarea de *garanții* acestor creditori de către debitor. Legiuitorul, din păcate, nu stabilește ce fel de garanții se vor acorda: reale, personale ori de altă natură.

Se pune și întrebarea, absolut relevantă, cum și de către cine se vor stabili garanțiile ce se vor acorda. În opinia noastră, administratorul concordatar care are inițiativa cererii, conform legii va trebui să propună și garanțiile ce urmează a fi acordate acestor creditori. Creditorii vor putea accepta sau respinge garanțiile oferite sau solicita alte garanții. Decizia finală va aparține judecătorului-sindic. Considerăm că, având în vedere gravitatea consecințelor suspendării, valoarea garanțiilor ce vor fi propuse va trebui să acopere *valoarea creanțelor*.

Acest text se va aplica numai în privința creanțelor necontestate, dar care votează împotriva planului sau și celor contestate sau în litigiu?

Textul nu distinge între diversele categorii de creditori nesemnatori și, la prima vedere, ar trebui să se aplice tuturor. Această interpretare ar veni însă în contradicție cu prevederile art. 32 alin. (1), prin care se stabilește că orice creditori care obțin un titlu executoriu

în cursul procedurii va putea să își recupereze creanța prin orice alte modalități prevăzute de lege. Evident deci că este vorba despre creditori cu *creanțe contestate* sau *în litigiu*, care *nu semnează* concordatul.

În concluzie, textul art. 30 alin. (2) se aplică numai creditorilor care au votat *împotriva* concordatului, deși creanța lor *nu fusese contestată* sau nu exista niciun litigiu în legătură cu aceasta.

Un alt efect important al omologării concordatului constă în faptul că în perioada derulării acestuia nu se va putea deschide procedura insolvenței față de debitor. Această „blocare” a procedurii insolvenței este pe deplin justificată și este valabilă și pentru creditorii ale căror creanțe se nasc în timpul procedurii de concordat.

Creditorii vor avea la dispoziție toate celelalte mijloace legale pentru recuperarea creanțelor, dar nu se vor putea folosi de insolvență ca mijloc de presiune pentru plata creanțelor lor.

Creditorul care obține un titlu executoriu în timpul derulării concordatului va avea și posibilitatea de a adera la acesta. Legiuitorul nu dispune cu privire la modalitatea de aderare. Este clar că, în cazul în care se va exprima intenția de aderare de către creditor, debitorul va putea plăti, pentru a nu fi executat silit, sau va putea negocia cu creditorul condițiile de aderare.

În cazul în care se va ajunge la înțelegere, judecătorul-sindic va fi solicitat să ia act de aderare și de condițiile acesteia (deși în Cod nu se prevede nimic cu privire la constatarea aderării).

Mai interesantă ni se pare însă situația care s-ar crea în cazul în care nu se solicitase omologarea concordatului pentru că nu fuseseră îndeplinite condițiile prevăzute de lit. a) și b) ale alin. (1) al art. 28 iar, odată cu aderarea, aceste condiții sunt îndeplinite. Ne putem întreba dacă într-o atare situație se va putea solicita omologarea concordatului. Considerăm că nu există niciun impediment în acest sens, pentru că legiuitorul nu a prevăzut niciun termen pentru introducerea unei astfel de cereri. În situația în care vor fi îndeplinite toate condițiile, judecătorul-sindic va putea omologa concordatul, producându-se în acest mod toate efectele legate de această hotărâre a instanței.

O ultimă prevedere cuprinsă în acest capitol se referă la faptul că „măsurile” cuprinse în concordatul preventiv, inclusiv modificările de creanțe, profită și codebitorilor, fideiusorilor și terților garanți. Această prevedere se deosebește, în mod categoric, de prevederile art. 140 alin. (4) din cadrul Secțiunii a 6-a (Reorganizarea) care stabilește faptul că și în cazul în care un plan de reorganizare confirmat conține modificări ale creanțelor (irevocabile), acestea nu profită codebitorilor și fideiusorilor debitorului, chiar dacă aceștia au votat pentru acceptarea planului.

Făcând comparație între cele două prevederi suntem de părere că cea cuprinsă în cadrul procedurii concordatului preventiv este cea etică și corectă, din toate punctele de vedere.

Secțiunea a 6-a. Închiderea procedurii concordatului preventiv

24. Închiderea procedurii este tratată în Secțiunea a 3-a a Capitolului III al Titlului I. Primul text al acestei secțiuni, art. 34, conține prevederi referitoare la acțiunile în anulare sau constatarea nulității concordatului preventiv care, în cazul în care sunt admise, ar avea ca efect desființarea concordatului și închiderea procedurii.

Titularii acțiunii în anulare sunt numai creditorii care au votat *împotriva* acestuia. Toți ceilalți creditori, care au votat favorabil, care s-au abținut ori care nu au fost prezenți la vot, nu vor putea dobândi calitate procesuală activă în cadrul unei astfel de acțiuni.

Legiuitorul nu stabilește cine va fi pârâtul într-o astfel de acțiune în anulare. Este clar că această calitate o va dobândi debitorul, pentru că el este partea care se obligă prin actul a cărei anulare se cere.

Ne putem întreba care va fi rolul administratorului concordatar în cadrul procesului, precum și al celorlalți creditori, pentru că textul normativ analizat nu stabilește cadrul procesual.

În ceea ce îl privește pe *administratorul concordatar*, acesta nu are atribuții în acest sens stabilite prin prevederile art. 19. Cu toate acestea, având în vedere faptul că el este organ care aplică procedura, pe de o parte, iar, pe de altă parte, că oferta de concordat precum și cererea de omologare intră în atribuțiile sale, considerăm că în această calitate va participa la judecarea cererii de anulare.

Cât privește pe ceilalți creditori, aceștia vor putea participa la proces, numai în măsura în care vor introduce *cereri de intervenție în interesul uneia dintre părți*, creditorul petent sau debitorul.

Cât privește *cauzele* pentru care concordatul poate fi *anulat*, nici acestea nu sunt prevăzute de lege. Pe cale de consecință, putem considera, că se aplică dreptul comun în materia nulităților relative.

25. Legiuitorul a prevăzut și posibilitatea atacării concordatului printr-o acțiune în constatarea nulității absolute a acestuia. O astfel de acțiune, spre deosebire de corespondentul art. 32 alin. (2) din Legea nr. 381/2009, se prescrie în termen de 6 luni de la omologare. Motivele de nulitate sunt cele din dreptul comun, iar calitatea procesuală activă o poate avea orice persoană interesată.

În legătură cu poziția administratorului concordatar și a celorlalți creditori, concluziile enunțate mai sus rămân valabile.

Codul mai prevede și faptul că instanța, pe calea *ordonanței președințiale*, poate dispune suspendarea concordatului, la cererea reclamantului. Această măsură este extrem de gravă pentru că poate determina eșecul concordatului, chiar dacă în final se va dovedi că acțiunea în anulare fusese neîntemeiată. Într-o astfel de situație, judecătorul-sindic va trebui să aprecieze, „pipăind fondul”, cine va suferi o pagubă irecuperabilă, prin *suspendarea concordatului*, reclamantul sau pârâtul.

26. Concordatul poate fi desființat și printr-o *acțiune în rezoluțiunea* acestuia. Titularul acțiunii în rezoluțiunea concordatului este adunarea creditorilor, în conformitate cu prevederile art. 35 alin. (1), iar exercitarea dreptului la acțiune se face de către reprezentantul creditorilor ales de adunare sau de o altă persoană desemnată de aceasta. De asemenea, poate introduce această acțiune, în aceleași condiții, creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor acceptate și necontestate.

Adunarea creditorilor concordatari este convocată de către administratorul concordatar, la inițiativa sa sau la cererea unor creditori. În această situație, convocarea îi va privi numai pe creditorii concordatari, pentru că numai ei pot decide asupra introducerii unei acțiuni în rezoluțiunea concordatului, creditorii nesemnatați neavând calitate procesuală.

Hotărârea adunării creditorilor concordatari va fi luată prin vot. Legiuitorul nu stabilește un cvorum special pentru această adunare, deși poate ar fi trebuit să o facă. Majorita-

tea necesară pentru adoptarea unei astfel de hotărâri va fi majoritatea simplă a valorii creanțelor creditorilor prezenți. Într-o astfel de situație s-ar putea decide inițierea acțiunii în rezoluțiune de către o minoritate, raportat la valoarea totală a masei credale.

Considerăm că, *de lege ferenda* va trebui să se stabilească faptul că o astfel de decizie poate fi luată numai cu majoritatea a 50% + 1 din valoarea creanțelor concordate, având în vedere consecințele deosebit de grave ale acesteia.

Motivul pentru care o astfel de acțiune în rezoluțiune poate fi introdusă este stabilit și explicat de legiuitor în art. 35 alin. (2). Este vorba despre *încălcarea gravă a obligațiilor asumate de debitor prin concordatul preventiv*. S-a considerat necesar ca, măcar exemplificativ, să se definească o astfel de încălcare.

Pot fi considerate încălcări grave ale obligațiilor asumate prin concordat favorizarea unor creditori în dauna altora, înstrăinarea de active și efectuarea de plăți ruinătoare sau fără o contraprestație corespunzătoare; aceste operațiuni sunt considerate ca fiind *a priori* dolosive.

Evident că, dacă debitorul va anunța administratorul concordatar și creditorii asupra necesității valorificării, într-un fel sau altul (prin vânzare sau închiriere pe termen lung), a unor active și va obține acordul acestora, nu ne vom afla în fața unei încălcări grave a concordatului.

Cât privește efectuarea de *plăți ruinătoare*, putem avea în vedere contracte sau orice alt tip de înțelegere, prin care debitorul se obligă la o prestație (plată) care ar dezechilibra activitatea sa în mod grav și l-ar putea duce la insolvență. O simplă afacere în care debitorul nu va obține un câștig sau va avea chiar o pierdere ușoară nu poate fi considerată ca fiind ruinătoare pentru acesta.

După cum arătam mai sus, exemplele prevăzute la alin. (2) al art. 35 *nu sunt limitative*, gravitatea încălcării urmând a fi apreciată în final de către judecătorul-sindic.

Decizia introducerii unei acțiuni în rezoluțiune are consecințe deosebit de grave; de la data introducerii acțiunii *se suspendă de drept* concordatul preventiv. Pe cale de consecință, această suspendare nu va putea fi atacată și își va produce efectele până la pronunțarea hotărârii de către judecătorul-sindic.

Dacă acesta va admite acțiunea în rezoluțiune, suspendarea se va prelungi până la judecarea apelului. Dacă însă judecătorul-sindic va respinge acțiunea în rezoluțiunea concordatului, atunci considerăm că suspendarea de drept va înceta, având în vedere că hotărârea este executorie.

Akunarea creditorilor va putea solicita, pe calea dreptului comun, *suspendarea executării hotărârii judecătorului-sindic* până la judecarea apelului și, dacă o astfel de cerere va fi admisă, concordatul va fi din nou considerat ca fiind suspendat de drept.

Dacă judecătorul-sindic va admite acțiunea în rezoluțiune, el va putea acorda creditorilor și daune interese în condițiile dreptului comun.

Fără a intra în amănunte, putem susține că, într-o astfel de situație, creditorii vor fi îndrituiți să solicite să fie dezdăunați pentru pagubele suferite în urma desființării concordatului, prin rezoluțiune, dar vor fi obligați să dovedească aceste pagube.

Principalul efect al admiterii definitive a acțiunii în rezoluțiune va consta în desființarea concordatului preventiv. Într-o atare situație, toate prevederile cu privire la modificarea, într-un fel sau altul, a creanțelor creditorilor, vor fi desființate și, pe cale de consecință, se va ajunge la executarea silită a creanțelor sau la introducerea unei cereri privind deschiderea procedurii insolvenței.

La întrebarea dacă, într-o astfel de situație, debitorul va mai putea să-și declare intenția de reorganizare, răspunsul este afirmativ, dar șansele ca un astfel de plan să fie aprobat de creditorii sunt extrem de reduse; opinăm că mai degrabă se va putea ajunge la deschiderea procedurii simplificate a falimentului.

27. Procedura concordatului se va *închide*, în adevăratul sens al cuvântului, fie în cazul în care administratorul concordatar va constata nereușita acestuia, fie în cazul fericit în care își va atinge obiectivele în totalitate.

În primul caz, spre deosebire de acțiunea în rezoluțiune, inițiativa aparține administratorului concordatar. Dacă acesta va constata că, din motive obiective, diverse, neimputabile debitorului, concordatul nu se poate realiza, administratorul concordatar va adresa o cerere în acest sens judecătorului-sindic. Administratorul concordatar nu are nevoie de aprobarea creditorilor pentru introducerea cererii.

Întrebarea care se pune este dacă creditorii vor putea participa la soluționarea cererii și în ce calitate, având în vedere tăcerea legii. Considerăm că, fiind vorba de un contract încheiat între părți, deși calitatea procesuală activă o are administratorul concordatar, creditorii își vor putea exprima punctul de vedere asupra admiterii sau respingerii cererii, direct sau prin împuternicirea reprezentantului ales de către adunarea creditorilor.

Oricum, ar fi preferabil să se discute în prealabil cu creditorii o astfel de cerere, pentru a nu crea disensiuni între aceștia sau între ei și administratorul concordatar.

28. La expirarea termenului de 24 luni, prevăzut de art. 24 alin. (4) din Cod, concordatul poate fi prelungit cu maximum 12 luni. *Prelungirea* poate fi acordată, ca și în cazul planului de reorganizare, prin vot, de către adunarea creditorilor concordatari, numai la propunerea administratorului concordatar.

Dacă nu se consideră de către administratorul concordatar că o astfel de prelungire ar conduce la îndeplinirea obligațiilor asumate prin concordat și nu se va înainta propunerea, atunci concordatul nu va putea fi prelungit; poate că printr-o viitoare modificare legislativă se va putea acorda dreptul de a propune prelungirea și reprezentantului ales al creditorilor.

Prelungirea va putea fi aprobată de către adunarea creditorilor fără ca de această dată să se mai prevadă o majoritate calificată. Evident că vor vota numai creditorii concordatari, iar hotărârea se va lua cu majoritatea valorii creanțelor celor prezenți.

Dacă după trecerea termenului prevăzut de lege, de 24 până la 36 de luni (sau chiar înainte), se va constata că toate obligațiile asumate prin concordat au fost îndeplinite, judecătorul-sindic va pronunța o încheiere prin care va constata „realizarea concordatului preventiv”. Efectul principal al unei astfel de hotărâri constă în aceea că modificările de orice natură aduse creanțelor prin proiectul de concordat vor deveni definitive.

CAPITOLUL IV. ORGANELE CARE APLICĂ PROCEDURA INSOLVENȚEI

1. Încă de la apariția Legii nr. 64/1995 titlul Capitolului II a primit o denumire greșită – „Organele care aplică procedura reorganizării și lichidării judiciare”, iar textul art. 4 prevedea, eronat, că „organele care aplică procedura sunt: instanța judecătorească, judecătorul-sindic, administratorul, lichidatorul, adunarea creditorilor și comitetul creditorilor”, deși capitolul cuprindea în cadrul secțiunilor sale referiri nu numai la instanța judecătorească, judecătorul-sindic și practician, ci și la adunarea creditorilor și comitetul acestora, iar în urma apariției O.G. nr. 38/2002, și la adunarea generală a asociațiilor/acționarilor și comitetul asociațiilor/acționarilor, fără a se observa faptul că toți aceștia din urmă nu erau „organe care aplicau procedura”. Mai mult decât atât, chiar dacă prin O.U.G. nr. 58/1997 titlul Legii nr. 64/1995 a fost schimbat în „Lege privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului”, până la apariția O.G. nr. 38/2002, Capitolul II trimitea la aplicarea unei proceduri care nu mai exista – procedura reorganizării și lichidării judiciare.

Abia prin modificările aduse prin Legea nr. 149/2004 titlul capitolului a fost schimbat în „Participanții la procedura reorganizării judiciare și a falimentului”, iar alin. (1) al art. 5 (fostul art. 4) a primit următoarea formulare: „organele care aplică procedura sunt: instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, administratorul și lichidatorul”^[1]. În general, organele care aplică procedura insolvenței reprezintă acele organe împuternicite de lege să îndeplinească anumite atribuții în cadrul administrării acestei proceduri, care nu sunt direct interesate de mersul procedurii, în sensul că nu sunt personal părți în litigiul dedus judecății ori simpli participanți la procedura de executare colectivă.

2. Doctrina face distincție între participanții la procedura insolvenței și părțile din proces^[2]. S-a arătat că procedura insolvenței este unică față de un debitor, participanții la respectiva procedură fiind strict delimitați de prevederile Legii nr. 85/2006, modificată, procesele aferente procedurii colective sunt, practic, nelimitate ca număr, de unde s-a tras concluzia că și părțile în astfel de procese sunt, la rândul lor, în număr nelimitat, calitatea de *parte* fiind analizată în legătură cu și limitată la fiecare astfel de proces pentru a nu transforma procedura într-un hațîș interminabil, iar principiul celerității într-un simplu slogan mobilizator^[3].

Nu mai în persoana părților se pot analiza și aplica regulile referitoare la legitimarea dreptului de a sta în judecată (*legitimatio ad causam*), fie în calitate de reclamant, fie în calitate de pârât, cele privitoare la exercitarea drepturilor procesuale și, nu în ultimul rând, autoritatea de lucru judecat (*res judicata pro veritate habetur*).

^[1] Pentru dezvoltări în legătură cu participanții la procedura insolvenței, a se vedea I. Turcu, Organele care aplică procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în R.D.C. nr. 4/2000, p. 19-30; I. Turcu, Participanții la procedura insolvenței comercianților, în R.D.C. nr. 11/2002, p. 7-29; A.M. Lupulescu, op. cit., p. 241-248.

^[2] Gh. Piperea, Procedura insolvenței ca proces civil – partea I, în R.R.D.A. nr. 1/2007, p. 19.

^[3] *Ibidem*.

3. Codul insolvenței prevede, în art. 42 alin. (1), că *citarea părților*, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI. De asemenea, art. 43 alin. (2) din același act normativ prevede că citarea apelanților, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a intimaților în apel și comunicarea deciziilor pronunțate se fac prin BPI. Instanțele judecătorești vor transmite actele de procedură în cauză, din oficiu, pentru publicare în BPI, procedura fiind considerată îndeplinită dacă citația se publică *cu cel puțin 5 zile calendaristice înainte de data stabilită pentru înfățișare*. Apelul se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, cu următoarele *derogații*: termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 10 zile de la comunicarea cererii și a motivelor de apel, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 3 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.

Prin excepție, câteodată legea impune și citarea unora dintre participanții la procedură, situație în care este evident că aceste cerințe trebuie respectate și în persoana acestora. Spre exemplu, potrivit art. 59 alin. (4)-(7) din Codul insolvenței, „(4) În ipoteza în care există cereri cu caracter contencios sau necontencios, precum și în ipoteza în care judecătorul-sindic consideră necesar, acesta *va dispune citarea de urgență* a persoanelor interesate și a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, pentru soluționarea cererilor sau pentru dispunerea măsurilor care se impun. (5) Debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori, precum și orice altă persoană interesată pot face contestație împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar. (6) Contestația trebuie să fie înregistrată în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a extrasului prevăzut la alin. (2). (7) Judecătorul-sindic va soluționa contestația, în termen de 15 zile de la înregistrarea ei, în camera de consiliu, *cu citarea (s.n.)* contestatorului, a administratorului judiciar și a comitetului creditorilor, putând, la cererea contestatorului, să suspende executarea măsurii contestate. Suspendarea se judecă în camera de consiliu, de îndată, fără citarea părților”. Tot astfel, potrivit art. 57 alin. (4) din Codul insolvenței, „în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau ca urmare a adoptării unei hotărâri a adunării creditorilor în acest sens, cu votul a mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot, îl poate înlocui pe administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, pentru motive temeinice. Înlocuirea se judecă în camera de consiliu, de urgență, *cu citarea* administratorului judiciar și a comitetului creditorilor (...)”, dispoziții care se aplică și lichidatorului judiciar [art. 63 alin. (1) din Codul insolvenței].

4. Deși suntem de acord cu opinia exprimată în doctrină de unii autori^[1], în sensul că nu au dreptul să participe direct la procedura insolvenței *asociații/acționarii debitorului* persoană juridică, drepturile lor, privite colectiv, fiind exercitate de administratorul special, aceștia putând, totuși, să formuleze, individual, cereri de intervenție, fie accesorii, fie principale, și să declare individual recurs împotriva hotărârilor judecătorului-sindic pronunțate în materie de insolvență, nu putem accepta afirmația referitoare la faptul că Legea nr. 85/2006, modificată, ar fi eliminat *asociații/acționarii* din rândurile participanților la procedură întrucât calitatea lor de creditori ai debitorului pentru creanța reziduală rezultată din deținerea de părți sociale/acțiuni ar fi devenit indiferentă pentru respectivul act normativ. Aceasta, deoarece textul art. 133 din Legea nr. 85/2006 statuează următoarele: „dacă creanțele au fost complet acoperite prin distribuiri făcute,

^[1] *Idem*, p. 20.

judecătorul-sindic va pronunța o sentință de închidere a procedurii falimentului și de radiere a debitorului din registrul în care este înmatriculat: a) chiar înainte ca bunurile din averea debitorului să fi fost lichidate în întregime, în cazul în care toți asociații persoanei juridice sau persoana fizică, după caz, solicită acest lucru în termen de 30 de zile de la notificarea lichidatorului făcută administratorului special, urmând ca bunurile să treacă în proprietate indiviză a asociaților/acționarilor corespunzător cotelor de participare la capitalul social; b) în toate celelalte cazuri, procedura se închide numai după lichidarea completă a activului, eventualele sume reziduale ultimei distribuiți urmând a fi depuse într-un cont la dispoziția asociaților sau persoanei fizice, după caz”.

Într-o opinie, aceste considerații sunt de actualitate și sub imperiul noilor reglementări, întrucât textul de lege mai sus citat este reluat integral de prevederile art. 176 lit. a) și b) din Codul insolvenței.

Se consideră astfel că legiuitorul, chiar dacă nu a mai păstrat în cadrul ordinii de distribuire pct. 10 al fostului art. 122 din Legea nr. 64/1995 – creanțele membrilor, asociaților sau acționarilor persoanei juridice debitoare, derivând din dreptul rezidual al calității lor, în conformitate cu prevederile legale și statutare –, textul fiind abrogat încă prin pct. 18 al articolului unic al Legii nr. 249/2005, nu a omis să aibă în vedere și calitatea de creditor a asociaților/acționarilor debitorului persoană juridică pentru eventualele sume reziduale, rezultate din deținerea de părți sociale/acțiuni, cum eronat s-a afirmat. Că este așa, o dovedește și dispoziția cuprinsă în art. 176 lit. c) din Codul insolvenței, care arată că, dacă după acoperirea tuturor creanțelor, închiderea procedurii și radierea debitorului din registrele în care acesta a fost înmatriculat, au fost identificate bunuri în patrimoniu care nu au fost cunoscute în timpul procedurii de insolvență, *acestea vor intra de drept în patrimoniul asociaților*.

Într-o altă opinie, Codul insolvenței a adus o modificare de substanță, care a clarificat situația acționarilor/asociaților raportat la calitatea de *participanți la procedură*. Astfel, dispozițiile art. 55 stabilesc faptul că după deschiderea procedurii și numirea administratorului special, adunarea generală a acționarilor/asociaților/membrilor *își suspendă activitatea* și se va putea întruni, la convocarea administratorului judiciar, în cazurile expres și limitativ prevăzute de prezenta lege. Cu alte cuvinte, *legitimatio ad causam* într-o procedură de insolvență, din perspectiva debitorului, este deținută *doar* de către administratorul special. Acționarii/Asociații, în calitatea lor de mandanți în privința formării unei voințe juridice societare, sunt considerați ca acționând exclusiv prin intermediul mandatarului lor – *ex lege* stabilit a fi în persoana administratorul special. Ca atare, chiar în privința creanței derivate din eventualele drepturi reziduale, situație extrem de rar întâlnită în practică, se poate considera că tot administratorul special are calitatea unică de reprezentant în procedură – participant. Cu alte cuvinte, situația procedurală de litis-consorțiu este soluționată de legiuitor prin desemnarea unui participant unic.

5. În literatura franceză sintagma „organe ale procedurii” este definită astfel: persoană identificată, dezinteresată, în sensul că nu este personal parte a litigiului, însărcinată cu o misiune care concurează la exercitarea justiției și înzestrată, cu acest titlu, cu prerogative adecvate^[1].

În cadrul procedurii insolvenței mai intervin și alți participanți, respectiv: adunarea creditorilor, comitetul creditorilor și administratorul special, însă aceștia, fiind cointere-

^[1] F. Pérochon, R.J. Bonhomme, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 2001, apud I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 306.

sați de mersul procedurii, nu au calitatea de organe, una dintre condițiile cerute pentru a dobândi statutul de „organ al procedurii” fiind tocmai lipsa unui interes direct și personal^[1].

Din acest punct de vedere, apreciem că noile prevederi cuprind o reglementare mai bună, art. 40 din Codul insolvenței având următorul cuprins: „(1) Organele care aplică procedura sunt: instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul judiciar. (2) Organele prevăzute la alin. (1) trebuie să asigure efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de prezenta lege, precum și realizarea, în condițiile legii, a drepturilor și obligațiilor celorlalți participanți la aceste acte și operațiuni”.

Secțiunea 1. Organele care aplică procedura și atribuțiile lor

6. În reglementarea dată instituției falimentului de Codul comercial român, organele care aplicau această procedură erau tribunalul și judecătorul-sindic, adunarea creditorilor și debitorul fiind considerați simpli participanți la procedura concursală.

Pentru atingerea scopului declarat al legii – acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență – este imperios necesar ca procedura colectivă să fie aplicată și supravegheată de anumite organe special abilitate de lege, pentru că numai printr-o derulare rapidă și cu un înalt nivel de profesionalism se poate spera că interesele creditorilor vor fi protejate într-o măsură satisfăcătoare printr-o cât mai bună realizare a creanțelor față de debitorul insolvent.

De aceea, legiuitorul a decis ca aplicarea procedurii insolvenței să fie încredințată unor organe expres determinate, fiecare dintre aceste persoane de specialitate îndeplinind anumite acte și operațiuni în cadrul procedurii, judecătorului-sindic revenindu-i atribuții specifice funcției deținute – aceea de magistrat –, și anume controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului.

§1. Instanțele judecătorești

7. Potrivit art. 41 din Codul insolvenței, „(1) Toate procedurile prevăzute de prezentul capitol (Dispoziții comune – *n.n.*), cu excepția apelului, sunt de *competența tribunalului* sau, dacă este cazul, a tribunalului specializat, în a cărui circumscripție debitorul și-a avut sediul social/profesional cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței. Dacă în cadrul tribunalului a fost creată o secție specială de insolvență, acestea îi aparține competența pentru derularea procedurilor prevăzute de prezenta lege. (2) Sediul social/profesional al debitorului este cel cu care figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor și fundațiilor. În cazul în care sediul a fost schimbat cu mai puțin de 6 luni anterior depunerii cererii de deschidere

^[1] Sub imperiul Legii nr. 64/1995 unii autori distingueau în cadrul organelor procedurii între *organele judiciare* – instanțele judecătorești și judecătorul-sindic – și *auxiliari ai organelor judiciare* – administratorul, lichidatorul, adunarea creditorilor și comitetul creditorilor, în această ultimă categorie intrând și experții, salariații, precum și camerele de comerț și industrie teritoriale – Gh. Gheorghiu, *Procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 73. Pentru considerentele arătate, apreciem că această clasificare era susceptibilă de anumite critici, administratorul și lichidatorul fiind, în realitate, veritabile organe care aplicau procedura, și nu simpli auxiliari.

a procedurii insolvenței, sediul social/profesional al debitorului este cel cu care acesta figura la registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor și fundațiilor înainte de schimbare (s.n.). (3) Tribunalul, legal investit cu o cerere de deschidere a procedurii insolvenței potrivit alin. (1), rămâne competent să soluționeze cauza, indiferent de schimbările ulterioare de sediu ale debitorului”.

Nota categorică, chiar imperativă, folosită de legiuitor prin sintagma „toate procedurile prevăzute de prezentul capitol” este de natură să elimine orice fel de speculații sau dubii în legătură cu determinarea competenței exclusive a tribunalului în materie de insolvență^[1].

Se poate observa, așadar, că și Codul insolvenței a păstrat concepția tradițională potrivit căreia, în aplicarea procedurii, rolul principal revine instanțelor judecătorești, ceea ce și determină caracterul judiciar al procedurii colective. Totuși, trebuie precizat faptul că nu toate instanțele din sistemul judiciar român aplică procedura de insolvență, din interpretarea coroborată a art. 41 și art. 43 din Codul insolvenței, rezultând că, practic, acestea sunt două: tribunalul, ca instanță de fond, și curtea de apel, ca instanță de control judiciar, hotărârile curții fiind definitive. Intervenția instanțelor de judecată este nu numai necesară pentru ocrotirea intereselor generale ale societății, ci și indispensabilă pentru soluționarea conflictelor de interese ce vor apărea, în mod inevitabil, între debitor și creditorii săi, precum și cu ceilalți participanți la procedură.

§2. Judecătorul-sindic

8. Procedura insolvenței, fiind o procedură colectivă prin care se urmărește acoperirea datoriilor debitorului insolvent față de creditorii săi, care se desfășoară într-o succesiune de acte și operațiuni strict determinate de lege, a căror finalitate este prestabilită, a impus desemnarea unei persoane competente să supravegheze respectivele măsuri judiciare, pentru a conferi atât creditorilor, cât și debitorului garanția că drepturile și interesele lor – aflate pe poziții antagonice – vor fi respectate.

Dacă în primele reglementări interne ale falimentului – Regulamentele organice din Țara Românească (1831) și Moldova (1832) și Codul de comerț din Muntenia (1840), aplicat din anul 1864 și în Moldova – această persoană a fost un curator, adică un particular, Codul comercial din 10 mai 1887, urmând tradiția Codului comercial francez^[2], a încredințat această misiune *sindicului* care, la rândul său, la început, era tot o persoană particulară, numită provizoriu pentru fiecare faliment în parte, creditorii având ultimul cuvânt în desemnarea definitivă a celui care avea sarcina de a conserva și lichida bunurile falitului în interesul lor comun.

Odată cu modificările aduse Codului comercial în anul 1895, falimentele erau administrate de un judecător-sindic, care avea calitatea de magistrat, fiind membru al „corpului judecătoresc”, asimilat judecătorilor de ședință și, în consecință, supus aceluiași condiții de admisibilitate din Legea de organizare judecătorească, bucurându-se de același rang, drepturi și avantaje. Numirea în această funcție avea loc printr-un decret regal, pe lângă fiecare tribunal de județ. Totuși, încă, judecătorii-sindici nu erau judecători de

^[1] A se vedea, în acest sens, C.S.J., s. civ., dec. nr. 1354 din 14 martie 2000, în B.J. 2000, Ed. Juris Argessis, Curtea de Argeș, 2001, p. 475-476.

^[2] În forma inițială a Codului lui Napoleon din 1807, alegerea sindicului intra în atribuțiile adunării creditorilor, fiind numit dintre aceștia; abia din anul 1838 s-a renunțat la acest sistem, desemnarea intrând în competența tribunalului.

ședință, în adevăratul sens al noțiunii, ei având dreptul să înlocuiască un judecător al tribunalului numai în caz de „vacanță sau de absolută necesitate” și pe baza unei delegații date de Ministerul de Justiție sau de președintele tribunalului, în acest ultim caz, numai pentru o perioadă de 10 zile. Abia în ultima etapă de aplicare a Codului comercial judecătorul-sindic a fost un judecător de ședință, care primea, la începutul fiecărui an, acest mandat din partea președintelui de instanță, fără să-și piardă prin aceasta atribuțiile de magistrat de ședință. Sub acest aspect, alin. (1) art. 730 C. com. statua că „administrațiunea falimentelor se va exercita de un judecător-sindic, așezat pe lângă fiecare tribunal, sub privegherea tribunalului”.

Legea nr. 64/1995 a păstrat concepția tradițională, atribuind judecătorului-sindic rolul principal în procedura reorganizării judiciare și a falimentului, considerându-l administratorul general al procedurii. În acest fel, legiuitorul român s-a îndepărtat atât de modelul american – *Bankruptcy Code* –, în care atribuțiile de administrare a procedurii falimentului cad în sarcina administratorului (*trustee*) desemnat de *United States Trustee* sau, în ipoteza în care o asemenea desemnare nu se impune, în sarcina examinatorului (expert în audit) numit de administratorul judiciar federal, judecătorul de faliment îndeplinind numai atribuții jurisdicționale, cât și de cel francez – Legea nr. 85-98 din 25 ianuarie 1985 –, în care judecătorul comisar (*le juge commissaire*) desemnat de tribunal are rolul de a veghea asupra derulării rapide a procedurii și la protejarea intereselor părților implicate în procedură, în timp ce atribuțiile de gestionare și lichidare a averii debitorului sunt realizate de mandatarii de justiție, care pot fi administratori judiciari, mandatarii judiciari pentru lichidarea întreprinderilor sau experți în diagnosticul întreprinderilor.

9. Atât în reglementarea dată de Legea nr. 85/2006, cât și în cea din Codul insolvenței este de necontestat faptul că rolul primordial în aplicarea procedurii insolvenței îl are, în continuare, judecătorul-sindic^[1]. Acest lucru rezultă nu numai din cuprinsul art. 45 din Codul insolvenței, care arată care sunt principalele sale atribuții, ci și din împrejurarea că judecătorul de insolvență este un magistrat, cu toate consecințele care decurg din acest statut juridic. El este singurul dintre toți participanții la procedura colectivă care este dezinteresat în cadrul acestei proceduri (administrarea dosarului de insolvență realizând-o în calitate de reprezentant al puterii judecătorești), toți ceilalți participanți urmărind anumite interese personale [fie de a-și realiza creanțele deținute față de debitor, fie de a valorifica la un nivel cât mai ridicat averea debitorului și, astfel, de a încasa un onorariu de succes cât mai mare, fie de a achiziționa la prețuri cât mai „avantajoase” (redușe) anumite bunuri din averea debitorului, fie chiar de a încetini, în orice mod, finalizarea procedurii și, în acest fel, a întârzia lichidarea patrimoniului falitului etc.].

Ca atare, se poate afirma că judecătorul-sindic exercită o funcție publică, de interes general, în îndeplinirea atribuțiilor sale el acționând în calitate de magistrat, iar nu ca reprezentant al debitorului sau al creditorilor, ceea ce și conferă actelor sale caracter de obligativitate pentru toate părțile implicate în procedură^[2].

Sub imperiul Legii nr. 64/1995, republicată, înainte de modificarea adusă prin Legea nr. 249/2005, art. 9 prevedea că judecătorul-sindic era nominalizat, în fiecare caz în parte, de președintele tribunalului, dintre judecătorii desemnați ca judecători-sindici, în temeiul

^[1] Unii autori l-au denumit plastic ca fiind „turnul de control” în desfășurarea întregii proceduri – I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 153.

^[2] St.D. Cărpănuș, *Drept comercial român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 640.

art. 12 alin. (3) din Legea nr. 92/1992 pentru organizarea judecătorească^[1] (act normativ abrogat prin Legea nr. 304/2004^[2]), în timp ce prin art. 13 era reglementată posibilitatea ca, în orice stadiu al procedurii, tribunalul să poată înlocui un judecător-sindic cu altul, prin încheiere motivată, dată în camera de consiliu. În legătură cu acest din urmă aspect doctrina a arătat că puterile discreționare conferite de legiuitor tribunalului ar trebui limitate prin arătarea motivelor (limitativ) care pot justifica o astfel de măsură^[3]. De asemenea, s-a menționat faptul că nu este recomandat a se înlocui judecătorul-sindic „în orice stadiu al procedurii”, deoarece, cu cât procedura este mai avansată, dosarul este mai dificil de însoțit de către noul judecător, iar motivele care pot fundamenta o atare măsură trebuie apreciate numai față de îndatoririle procedurale ale judecătorului de insolvență, nu și față de modul în care acesta privește latura economică și comercială a activității debitorului. Schimbarea sindicului dintr-un dosar la solicitarea, de regulă, a unora dintre creditorii putea avea urmări nefaste și asupra succesorilor acestuia, care trebuie să fie protejați împotriva oricăror ingerințe, în etapa embrionară de aplicare a Legii nr. 64/1995, în care nu exista o practică constantă și ușor de consultat în aprecierea activității judecătorilor-sindici, fiind necesar să primeze buna-credință, preocuparea acestora de a face aplicarea legii în spiritul și în litera ei, și mai puțin o comensurare foarte exactă a performanțelor economice ale procedurii^[4].

În acord cu cerințele forurilor europene pentru garantarea independenței și imparțialității justiției, art. 9 al Legii nr. 85/2006 a statuat că „repartizarea cauzelor având ca obiect procedura prevăzută de prezenta lege judecătorilor desemnați ca judecători-sindici se realizează potrivit art. 53 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, în mod aleatoriu, în sistem informatizat”, cauzele repartizate unui anumit complet neputând fi trecute la alt complet decât în condițiile legii, nerespectarea dispozițiilor privind distribuirea aleatorie a cauzelor constituind abatere disciplinară.

10. Etapa de reformare a statutului și de reconfigurare a rolului judecătorului-sindic începută prin modificările aduse Legii reorganizării judiciare și a falimentului prin Legea nr. 99/1999, în urma cărora judecătorul-sindic nu mai era văzut ca un administrator general al procedurii, atribuțiile propriu-zise de administrare fiind preluate de practicianul în reorganizare și lichidare, sindicul devenind o autoritate judecătorească, având îndatorirea de a asigura efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de lege și de a apăra drepturile și interesele părților, a continuat prin Legea nr. 85/2006 care a separat în mod clar atribuțiile jurisdicționale de cele de administrare și gestionare a averii debitorului, prin aceasta realizându-se, implicit, o degrevare a judecătorului de insolvență de o serie întreagă de îndatoriri ce nu erau proprii profesiei sale de magistrat.

În acest sens, alin. (2) al art. 11 din Legea nr. 85/2006 a prevăzut că „atribuțiile judecătorului-sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței. Atribuțiile manageriale aparțin administratorului judiciar ori lichidatorului sau, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-și

[1] Republicată în M. Of. nr. 259 din 30 septembrie 1997.

[2] Republicată în M. Of. nr. 827 din 13 septembrie 2005.

[3] T. Pungă, Cadrul instituțional în vigoare, relativ la procedura reorganizării judiciare și a falimentului. Dreptul întreprinderilor în dificultate, în R.D.C. nr. 2/2000, p. 98.

[4] R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 116-117.

administra averea. Deciziile manageriale pot fi controlate sub aspectul oportunității de către creditori, prin organele acestora”.

Codul insolvenței păstrează această tendință, textul art. 45 alin. (2) nedeosebindu-se cu mult de norma mai sus citată, doar în ultima teză făcând precizarea că deciziile manageriale care pot fi controlate, sub aspectul oportunității, de către creditori, prin organele acestora sunt cele ale administratorului judiciar, lichidatorului judiciar sau debitorului care și-a păstrat dreptul de administrare.

11. La începutul perioadei de aplicare a Legii nr. 64/1995 au existat opinii care au afirmat că judecătorul-sindic nu ar avea dreptul să sesizeze instanța de contencios constituțional cu o *excepție de neconstituționalitate* a unei prevederi legale^[1]. De asemenea, atunci când instanța de contencios constituțional a fost sesizată pentru prima dată cu o excepție de neconstituționalitate a unei legi de către un judecător-sindic^[2] ca urmare a ridicării de către un debitor a excepției de neconstituționalitate a art. 131 din Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, prin decizia nr. 67 din 14 aprilie 1997^[3] a statuat că sesizarea Curții Constituționale cu o excepție de neconstituționalitate nu se poate face de către un judecător care îndeplinește alte atribuții decât cele privind activitatea de judecată, întrucât acesta nu reprezintă un *complet de judecată*, deci, o instanță judecătorească.

Constatând faptul că sesizarea Curții s-a făcut de către un judecător-sindic, instanța a trebuit să decidă dacă sunt respectate cerințele art. 144 lit. c) din Constituție și cele ale art. 23 din Legea nr. 47/1992, care se referă la instanța judecătorească. Analiza statutului judecătorului-sindic s-a făcut atât din prisma prevederilor abrogate din Codul comercial (care erau aplicabile în cauza respectivă, întrucât sesizarea pentru deschiderea procedurii se făcuse anterior punerii în aplicare a Legii nr. 64/1995), cât și a celor din acest din urmă act normativ, care era în vigoare la data pronunțării deciziei.

În argumentarea soluției pronunțate s-a arătat că potrivit art. 702 C. com., în prezent abrogat, dar aplicat în cauză, în temeiul art. 131 din actul normativ amintit, deoarece sesizarea pentru declanșarea procedurii falimentului s-a făcut la data de 8 august 1994, declararea falimentului se pronunță de tribunalul de comerț în jurisdicția căruia debitorul are principalul stabiliment comercial, acesta fiind investit cu întreaga procedură a falimentului. În sistemul Codului comercial judecătorul-sindic era desemnat de către tribunal prin sentința de declarare a falimentului (art. 708) și avea ca principală atribuție administrarea falimentului (art. 730 și urm.).

În sistemul Legii nr. 64/1995, art. 4 enumeră organele care aplică procedura reorganizării și lichidării judiciare, și anume: instanța judecătorească, judecătorul-sindic, administratorul, lichidatorul, adunarea creditorilor și comitetul creditorilor, iar în art. 5, aflat sub titlul „Instanța judecătorească”, se precizează că toate procedurile prevăzute de lege sunt de competența exclusivă a tribunalului în jurisdicția căruia se află sediul comercial principal al debitorului. Deși judecătorul-sindic îndeplinește și unele atribuții jurisdicționale, prevăzute, în principal, de art. 10 din lege, este evident că el nu se identifică cu

[1] C.L. Popescu, Absența dreptului judecătorului-sindic de a sesiza Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate, în R.D.C. nr. 4/1998, p. 73-76.

[2] Este vorba de încheierea din 18 februarie 1997 pronunțată în dosarul nr. 1/F/1995 și adresa din 24 februarie 1997 ale unui judecător-sindic din cadrul Trib. Timiș, nepublicate.

[3] Decizia C.C. nr. 67 din 14 aprilie 1997 (M. Of. nr. 370 din 22 decembrie 1997) a rămas definitivă, recursul declarat împotriva acestei hotărâri fiind respins de completul de 5 judecători prin Dec. nr. 480 din 18 noiembrie 1997, publicată în același monitor.

instanța judecătorească, la fel ca în sistemul Codului comercial, situație în care, excepția de neconstituționalitate nu poate fi ridicată în fața acestuia.

Pe de altă parte, s-a reținut faptul că, potrivit art. 23 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale^[1], sesizarea Curții se face de către instanța judecătorească în fața căreia s-a invocat excepția de neconstituționalitate printr-o încheiere care trebuie să cuprindă punctele de vedere ale părților și opinia instanței. În speță, încheierea din 18 februarie 1997^[2] cuprinde doar solicitarea adresată părților de a-și expune punctul de vedere asupra cererii de suspendare formulată de debitoare, obiectivul judecătorului-sindic de a-și exprima punctul de vedere asupra excepției și intenția de a sesiza Curtea Constituțională.

A rezultat că sesizarea Curții Constituționale nu s-a făcut de către Tribunalul Timiș, competent să desfășoare procedura de faliment, ci de către judecătorul-sindic desemnat de instanța judecătorească, astfel că, față de dispozițiile art. 144 lit. c) din Constituție și cele ale art. 23 din Legea nr. 47/1992, în concordanță și cu practica jurisdicțională a Curții, s-a reținut că excepția de neconstituționalitate este vădit nefondată, instanța nefiind legal investită^[3].

12. Sub imperiul vechii reglementări (Legea nr. 64/1995, în forma inițială), în ceea ce privește natura atribuțiilor judecătorului-sindic, se afirma fie că toate atribuțiile acestuia aveau caracter administrativ^[4], fie că judecătorului-sindic îi erau încredințate un complex de atribuții, atât jurisdicționale, cât și administrative (de gestionare propriu-zisă)^[5], fie că atribuțiile sale erau grupate în două categorii – jurisdicționale și de gestionare sau de lichidare a averii debitorului^[6] – ori în trei – atribuții cu caracter economic, atribuții administrative și atribuții cu caracter jurisdicțional^[7] –, însă toți autorii criticau această concepție structurată, în principal, pe credibilitatea, imparțialitatea și independența magistraților, întrucât se aprecia că prin aceasta se ignora specificul pregătirii lor profesionale, reglementarea fiind considerată una neadecvată exigențelor administrării eficiente a procedurii de reorganizare judiciară și a falimentului pentru că pune pe umerii judecătorului de insolvență atribuții improprii funcției deținute și pentru care acesta nu avea calificarea economică și managerială necesară^[8]. De aceea, s-a spus, considerăm noi cu deplin temei, că judecătorul-sindic are de ales între exercitarea fără profesionalism a unei funcțiuni pentru care nu a fost pregătit și acceptarea eventualității de a fi manipulat^[9].

Observându-se că pentru îndeplinirea atribuțiilor economice apăsarea ca fiind mult mai indicată o persoană care posedă cunoștințe de specialitate, iar judecătorul-sindic să exercite numai o supraveghere a activității acestuia și, eventual, să decidă asupra con-

^[1] Republicată în M. Of. nr. 807 din 3 decembrie 2010.

^[2] În decizia de primă instanță a completului de 3 judecători al Curții Constituționale apare indicată ca dată a încheierii atât ziua de 18 februarie 1995, cât și cea de 13 februarie 1997, în timp ce în decizia de respingere a recursului se menționează data de 18 februarie 1997. În realitate, data corectă este 18 februarie 1997.

^[3] Decizia C.C. nr. 67/1997 a fost publicată (în extras) și în R.D.C. nr. 6/1998, p. 125-126.

^[4] Pentru că actele pe care le săvârșea judecătorul-sindic erau acte de executare, specifice procedurii execuționale – N. Tăndăleanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 59.

^[5] I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 51.

^[6] I. Turcu, *Reorganizarea și lichidarea judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 89-90.

^[7] Gh. Gheorghiu, *Măsurile luate de judecătorul-sindic înainte de aprobarea planului de reorganizare judiciară*, în R.D.C. nr. 5/1997, p. 60.

^[8] I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 51.

^[9] I. Turcu, *Reorganizarea (...)*, p. 91.

testaților ivite în cadrul procedurii, Legea nr. 99/1999 a modificat substanțial atribuțiile judecătorului de insolvență, limitându-le, în esență, numai la cele jurisdicționale, fiind cunoscut că actul jurisdicțional presupune soluționarea unui diferend, a unui conflict de interese, având la bază o cerere de investire în acest sens a organului jurisdicțional competent.

Și în reglementarea dată de Legea nr. 85/2006, în îndeplinirea îndatoririlor sale, judecătorul-sindic avea posibilitatea de a desemna prin încheiere, la propunerea administratorului judiciar sau a lichidatorului, persoane de specialitate (experți tehnici, evaluatori, executori judecătorești etc.)^[1], numirea și nivelul remunerațiilor acestor persoane urmând să fie supuse aprobării comitetului creditorilor doar în cazul în care acestea urmau să fie achitate din averea debitoarei.

Articolul 61 din Codul insolvenței, statuează că „în vederea îndeplinirii atribuțiilor sale, administratorul judiciar va putea desemna persoane de specialitate precum avocați, experți contabili, evaluatori sau alți specialiști. Numirea și nivelul remunerațiilor acestor persoane vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor în cazul în care acestea vor fi plătite din averea debitoarei sau se vor supune standardelor de cost stabilite de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, potrivit prevederilor Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 86/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care se vor remunera din fondul de lichidare constituit potrivit prevederilor art. 39 alin. (4)”.

Din acest text rezultă că numirea persoanelor de specialitate nu mai intră în competența judecătorului-sindic, fiind atribuția practicianului în insolvență, dovadă în acest sens fiind și dispoziția cuprinsă la pct. 28 al art. 5 din Codul insolvenței, potrivit căreia „extras al raportului de activitate reprezintă un rezumat al măsurilor luate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar. Menționarea următoarelor elemente este obligatorie: a) persoanele de specialitate desemnate potrivit prevederilor art. 61, precum și onorariul acestora (...)”.

Potrivit art. 45 alin. (1) din Codul insolvenței, principalele atribuții ale judecătorului-sindic sunt următoarele:

a) pronunțarea motivată a hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței și, după caz, de intrare în faliment, atât prin procedura generală, cât și prin procedura simplificată

13. Ca orice hotărâre judecătorească, este evident faptul că și hotărârile judecătorului-sindic trebuie să fie motivate, conform art. 425 NCP. Conform art. 342 din Codul insolvenței, acesta se completează cu dispozițiile Codului de procedură civilă, neexistând nicio incompatibilitate din acest punct de vedere între respectivele acte normative. Codul de procedură civilă statuează expres că hotărârea trebuie să cuprindă, pe lângă partea introductivă și dispozitiv, considerentele, în care se vor arăta obiectul cererii și susținerile pe scurt ale părților, expunerea situației de fapt reținută de instanță pe baza probelor administrate, motivele de fapt și de drept pe care se întemeiază soluția, arătându-se atât motivele pentru care s-au admis, cât și cele pentru care s-au înlăturat cererile părților. De asemenea, art. 424 din același cod prevede că „(1) Hotărârea prin care cauza este soluționată de prima instanță sau prin care aceasta se dezinvestește fără a soluționa cauza se numește sentință. (2) Hotărârea prin care judecătoria soluționează căile de atac

^[1] Unii autori numesc aceste persoane de specialitate ca fiind auxiliarii judecătorului-sindic – St.D. Cărpe-naru, Drept comercial român (...), p. 642.

împotriva hotărârilor autorităților administrației publice cu activitate jurisdicțională și ale altor organe cu astfel de activitate, în cazurile prevăzute de lege, se numește sentință. (3) Hotărârea prin care instanța se pronunță asupra apelului, recursului și recursului în interesul legii, precum și hotărârea pronunțată ca urmare a anulării în apel a hotărârii primei instanțe și reținerii cauzei spre judecare ori ca urmare a rejudecării cauzei în fond după casarea cu reținere în recurs se numesc decizie. (4) Hotărârea prin care instanța se pronunță asupra contestației în anulare sau asupra revizuirii se numește, după caz, sentință sau decizie. (5) Toate celelalte hotărâri date de instanță se numesc încheieri, dacă legea nu prevede altfel”.

În materia insolvenței *deschiderea procedurii* are loc printr-o *încheiere* în trei ipoteze:

- când debitorul formulează cerere în acest sens, care corespunde condițiilor prevăzute de art. 66 din Codul insolvenței și solicită intrarea în procedura de reorganizare judiciară, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii sale, în vederea stingerii datoriilor (judecătorul-sindic va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii generale);

- când debitorul, prin cererea de deschidere a procedurii, își arată intenția de a intra direct în procedura simplificată (judecătorul-sindic va pronunța o încheiere de deschidere a acestei proceduri);

- când debitorul care a formulat cererea de deschidere a procedurii de insolvență se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței, și anume: a) profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale; b) întreprinderi familiale, membrii întreprinderii familiale; c) debitori care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții: 1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor; 2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; 3. administratorul nu poate fi găsit; 4. sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului; d) persoane juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept anterior formulării cererii introductive, chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului; e) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment; f) orice persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate (judecătorul-sindic va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii simplificate).

Dar, astfel cum rezultă și din textul art. 72 alin. (6) din Codul insolvenței, deschiderea procedurii poate avea loc și printr-o *sentință* – atunci când cererea introductivă este formulată de un creditor îndreptățit, de această dată nemaiaflându-ne într-o procedură grațioasă, ci într-una contencioasă, caracterizată prin existența unui conflict de interese și, ca atare, existența unui litigiu în cadrul căruia funcționează pe deplin principiile contradictorialității și al garantării dreptului de apărare. În conformitate cu alin. (2) și (3) ale art. 72, în termen de 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței, judecătorul-sindic va comunica cererea, în copie, debitorului, acesta din urmă având obligația ca în termen de 10 zile de la primirea copiei fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență. Debitorul care nu este de acord cu cererea creditorului poate formula contestație.

Conform art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, în situația în care judecătorul-sindic, stabilind că debitorul se afla în stare de insolvență, îi respinge contestația, sancțiunea

impusă de legiuitor era aceea că debitorul nu mai avea dreptul să solicite reorganizarea judiciară. Codul insolvenței are o altă abordare a acestui aspect, astfel că, pentru a da consistență primului principiu înscris la pct. 1 al art. 4 – acordarea unei șanse debitorilor onești de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară –, nu mai prevede sancțiunea decăderii debitorului care a formulat o contestație neîntemeiată la cererea introductivă a creditorului din dreptul de a solicita reorganizarea judiciară.

14. Codul insolvenței reglementează, pe lângă procedura reorganizării judiciare, și *procedura falimentului*, aceasta din urmă putându-se desfășura atât în cadrul procedurii generale, cât și în cadrul procedurii simplificate. Falimentul reprezintă, potrivit pct. 45 al art. 5 din Codul insolvenței, „procedura de insolvență concursuală, colectivă și egalitară care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat”.

În conformitate cu art. 145 alin. (1) din Codul insolvenței, dacă sunt îndeplinite cerințele legii, judecătorul-sindic va decide, prin sentință sau, după caz, prin încheiere, în condițiile art. 71, intrarea debitorului în faliment. Doctrina de specialitate a arătat că scopul imediat al procedurii falimentului îl constituie prefacerea în bani a averii debitorului prin lichidarea bunurilor ce o compun și acoperirea creanțelor creditorilor în condițiile prevăzute de lege (adică în ordinea stabilită de art. 159 și art. 161 din Codul insolvenței)^[1]. Procedura falimentului, constând într-un ansamblu de măsuri și operațiuni menite a duce la transformarea în bani a tuturor bunurilor falitului, este realizată de către organele expres prevăzute de lege, locul administratorului judiciar fiind luat de lichidatorul judiciar, iar operațiile juridice din această etapă privesc: hotărârea de intrare în faliment, stabilirea masei active, lichidarea bunurilor debitorului, distribuirea sumelor obținute din lichidarea judiciară și închiderea procedurii insolvenței.

b) *judecarea contestației debitorului împotriva cererii introductive a creditorilor pentru începerea procedurii*

15. În acest caz, ne aflăm în situația în care un creditor îndreptățit a solicitat instanței judecătorești competente deschiderea procedurii insolvenței, iar debitorul a înțeles să formuleze contestație în condițiile art. 72 alin. (3) din Codul insolvenței.

c) *judecarea opoziției creditorilor la deschiderea procedurii*

16. În această ipoteză este vorba de situația în care însuși debitorul, în respectarea obligației impuse de lege în sarcina sa – *debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență* – sau în exercitarea dreptului conferit de art. 66 alin. (4) din Codul insolvenței – *va putea să adreseze tribunalului o cerere în acest sens și debitorul în cazul căruia apariția stării de insolvență este iminentă* –, a depus o cerere de deschidere a procedurii colective în temeiul art. 66 și urm., iar creditorii, primind notificarea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar cu privire la declanșarea procedurii, formulează, în condițiile art. 71 alin. (2), *opoziție la deschiderea procedurii insolvenței*.

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 652-653; St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței – Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 287.

În acest sens, articolele mai sus arătate stipulează că prin încheierea de deschidere a procedurii judecătorul-sindic va dispune practicianului să efectueze notificările prevăzute la art. 99 și art. 100, în termen de 10 zile de la primirea notificării creditorii având dreptul să se opună deschiderii procedurii cerută de debitor.

d) desemnarea prin sentința de deschidere a procedurii a practicianului în insolvență care urmează să administreze procedura

17. Având în vedere că procedura insolvenței este una complexă, care presupune desfășurarea a numeroase acte juridice și operațiuni specifice în vederea realizării scopului general stabilit prin art. 2 – acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență –, judecătorul-sindic având îndatorirea de a supraveghea măsurile adoptate în cadrul acestei proceduri, legiuitorul i-a conferit dreptul de a desemna provizoriu, prin chiar hotărârea de deschidere a procedurii, dintre practicienii care și-au depus ofertele de servicii la dosar, sau, în lipsă, din Tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România, a administratorului judiciar sau, după caz, a lichidatorului judiciar care va administra procedura până la momentul confirmării ori, după caz, al înlocuirii acestuia de către adunarea creditorilor sau de către creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, stabilindu-i, totodată, și remunerația în conformitate cu criteriile prevăzute de legea de organizare a activității practicienilor în insolvență, precum și atribuțiile pentru această perioadă.

Potrivit art. 57 alin. (1) din Codul insolvenței, *practicienii în insolvență* interesați vor depune la dosar o ofertă de preluare a poziției de administrator judiciar în dosarul respectiv, la care vor anexa dovada calității de practician în insolvență și o copie de pe polița de asigurare profesională. În ofertă, practicianul în insolvență interesat va putea arăta și disponibilitatea de timp și de resurse umane, precum și experiența generală sau specifică necesare preluării dosarului și bunei administrări a cazului. În cazul în care nu există nicio astfel de ofertă, judecătorul-sindic va desemna provizoriu, până la prima adunare a creditorilor, un practician în insolvență ales în mod aleatoriu din Tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România.

18. În cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, creditorii care dețin mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot pot decide *desemnarea unui administrator judiciar/lichidator judiciar*, stabilindu-i și onorariul. În cazul în care onorariul se va achita din fondul constituit potrivit prevederilor art. 39 alin. (4)^[1], acesta va fi stabilit pe baza criteriilor prevăzute în O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, republicată^[2], cu modificările și completările ulterioare. Creditorii pot decide să confirme administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar desemnat provizoriu, stabilindu-i onorariul, situație în care nu mai este necesară confirmarea judecătorului-sindic. Prima ședință a adunării creditorilor va avea în mod obligatoriu pe ordinea de zi atât confirmarea/desemnarea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, cât și stabilirea onorariului acestuia.

Creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor poate să decidă, fără consultarea adunării creditorilor, desemnarea unui administrator judiciar ori

^[1] Alin. (4) al art. 39 prevede că, „în lipsa disponibilităților în contul debitorului, se va utiliza *fondul de lichidare* (s.n.), plățile urmând a fi făcute potrivit prevederilor privind organizarea și exercitarea profesiei de practician în insolvență, pe baza unui buget previzionat”.

^[2] M. Of. nr. 724 din 13 octombrie 2011.

lichidator judiciar în locul administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar provizoriu ori să confirme administratorul judiciar provizoriu/lichidatorul judiciar provizoriu și să îi stabilească onorariul.

e) confirmarea, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor

19. Așa cum am arătat mai sus, atributul alegerii administratorului judiciar sau, după caz, al lichidatorului judiciar revine creditorilor. Este și normal să fie așa, din moment ce prin aplicarea procedurii de insolvență se urmărește acoperirea datoriilor debitorului, adică plata creanțelor deținute față de acesta de către creditorii, experiența și profesionalismul practicianului fiind elemente esențiale în administrarea judicioasă a dosarului respectiv, specialistul având o serie de prerogative potrivit cărora poate decide măsurile și soluțiile cele mai bune pentru gestionarea optimă a cazului. Nu în ultimul rând, în principiu, onorariul perceput de administratorul judiciar sau, după caz, de lichidatorul judiciar pentru activitatea prestată, constituind o cheltuială aferentă procedurii, este suportat din averea debitorului (excepție făcând doar situația în care, lipsind disponibilitățile din contul falitului, remunerația se va achita din fondul special de lichidare), astfel că, procedura „aparținând creditorilor”, ei sunt cei care pot decide, în scopul protejării intereselor lor, care dintre practicienii în insolvență le pot promova în condiții cât mai avantajoase drepturile. Din perspectiva creditorilor, cel mai potrivit administrator judiciar/lichidator judiciar este acela care va reuși recuperarea într-un grad cât mai ridicat a creanțelor înscrise la masa credală într-un timp cât mai scurt și cu costuri cât mai reduse.

În cazul în care creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor sau adunarea creditorilor a decis, în cadrul primei sale ședințe, desemnarea unui alt administrator judiciar/lichidator judiciar decât cel numit provizoriu de către judecătorul-sindic prin hotărârea de deschidere a procedurii, practicianul desemnat inițial va fi înlocuit de persoana aleasă de creditorii. În mod just doctrina a arătat că voința creditorilor/creditorului majoritar naște pentru judecătorul-sindic o *obligație* și nu o facultate de a proceda în acest sens, prerogativa tribunalului rezumându-se la a *confirma desemnarea făcută de creditorii*^[1]. Mai mult decât atât, Codul insolvenței, în art. 57 alin. (2), statuează expres că, în situația în care creditorii decid să confirme administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar desemnat provizoriu, stabilindu-i, totodată, și onorariul, nu va mai fi necesară confirmarea judecătorului-sindic.

În același timp, este posibil ca creditorul majoritar sau adunarea creditorilor să ajungă la concluzia că administratorul judiciar/lichidatorul judiciar desemnat provizoriu de către judecătorul-sindic este persoana cea mai potrivită să administreze respectivul caz, astfel că ei decid să păstreze alegerea făcută, situație în care practicianul numit provizoriu va deveni administrator judiciar sau, după caz, lichidatorul judiciar definitiv, ceea ce nu exclude, însă, ca acesta să fie înlocuit ulterior în cazurile și în condițiile legii, așa cum vom detalia mai jos.

Dacă nu există contestații asupra legalității hotărârii adunării creditorilor sau a deciziei creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, confirmarea se face printr-o încheiere de ședință, în camera de consiliu, fără citarea părților, în termen de 5 zile de la sesizarea judecătorului-sindic, cu condiția ca noul practician să îndeplinească

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 202; St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 62.

cerințele prevăzute de lege, dispunându-se, totodată, încetarea atribuțiilor administratorului judiciar sau ale lichidatorului judiciar provizoriu desemnat prin încheierea sau, după caz, sentința de deschidere a procedurii.

f) înlocuirea, pentru motive temeinice, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar

20. Chiar dacă legiuitorul conferă creditorilor dreptul de a-l desemna pe administratorul judiciar sau, după caz, pe lichidatorul judiciar în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, aceasta nu înseamnă că practicianul astfel ales nu poate fi dezinvestit din funcție.

Potrivit art. 57 alin. (4) din Codul insolvenței, „în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau ca urmare a adoptării unei hotărâri a adunării creditorilor în acest sens, cu votul a mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot, îl poate înlocui pe administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, pentru motive temeinice. Înlocuirea se judecă în camera de consiliu, de urgență, cu citarea administratorului judiciar și a comitetului creditorilor. Împotriva încheierii se poate formula apel în termen de 5 zile de la comunicare”.

Posibilitatea conferită de lege judecătorului-sindic de a dispune, chiar din oficiu, *înlocuirea practicianului* este una logică și rațională atâta timp cât tot legea este cea care permite creditorilor să desemneze un alt administrator judiciar/lichidator judiciar decât cel numit provizoriu prin hotărârea de deschidere a procedurii, caz în care judecătorul trebuie să-l confirme în această calitate pe cel ales de creditori. Or, pe parcursul administrării procedurii colective judecătorul-sindic are atribuția să vegheze ca toate actele și măsurile adoptate de administratorul judiciar sau, după caz, de lichidator, să se desfășoare cu respectarea normelor imperative ale legii insolvenței.

Întrucât legiuitorul nu a precizat care sunt cazurile în care se poate dispune *înlocuirea* practicianului [cu excepția situației de *revocare* prevăzută de art. 57 alin. (10) – diminuarea, în mod direct sau indirect, a valorii sumei asigurate prin contractul de asigurare de răspundere profesională], lăsând la aprecierea suverană a judecătorului-sindic acest lucru, se pune problema ce se înțelege prin sintagma „motive temeinice” utilizată în cuprinsul textelor suscitată^[1].

Este evident faptul că, în „tăcerea” legii, prin motive temeinice care pot justifica o asemenea măsură radicală nu se pot înțelege decât acele situații în care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar încalcă în mod flagrant prevederile legale în materie, de exemplu: nu își îndeplinește atribuțiile conferite (nu depune rapoartele de activitate curentă în care trebuie să arate modul în care și-a dus la bun sfârșit sarcinile, precum și să justifice cheltuielile efectuate cu administrarea procedurii sau a altor cheltuieli făcute din fondurile existente în averea debitorului – art. 59; nu întocmește, în urma examinării situației economice a debitorului și a documentelor depuse de acesta, raportul prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație în cadrul procedurii generale – art. 92; nu întocmește, în urma examinării activității debitorului, raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au condus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, și asupra existenței

^[1] Pentru soluții în această materie, a se vedea C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm. și fisc., dec. nr. 336 din 1 martie 2005, publicată în R.R.D.A. nr. 1/2007, p. 123-124 (concluziile speței rămân valabile și sub imperiul noii reglementări); încheierea din camera de consiliu din 15 decembrie 2005 pronunțată în dosarul nr. 6467/COM/S/2005 a Trib. Timiș, nepublicată, rămasă irevocabilă prin nerecurare.

premiselor angajării răspunderii acestora, precum și asupra posibilității reale de reorganizare efectivă a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și, în acest din urmă caz, propunerea de intrare în faliment – art. 97; întârzie nejustificat aducerea la îndeplinire a măsurilor dispuse de judecătorul-sindic, efectuează operații păgubitoare averii debitorului sau acte de gestiune frauduloasă a procedurii, care dovelesc conivența dintre practician și unii dintre creditorii^[1] sau terțe persoane etc.).

S-a susținut în jurisprudență că înlocuirea administratorului sau lichidatorului judiciar reprezintă o *formă a răspunderii sale*, care intervine, în principal, pentru dol sau culpă gravă. Acest regim agravant al răspunderii profesionistului, consacrat de principiile răspunderii juridice din dreptul comun, se întemeiază pe natura profesională a activității desfășurate de administratorul/lichidatorul judiciar și pe diligența sporită pe care acesta trebuie să o manifeste în cursul exercitării calității sale^[2].

În orice caz, considerăm că, prin interpretarea *per a contrario* a noilor dispoziții introduse de art. 182 alin. (3) din Codul insolvenței, nu poate reprezenta un caz de înlocuire situația în care practicianul în insolvență acționează cu bună-credință, în limitele atribuțiilor prevăzute de lege și a informațiilor disponibile.

Pe lângă motive temeinice care pot determina schimbarea administratorului judiciar/lichidatorului pot exista și situații obiective care să justifice măsura înlocuirii: boală gravă, deces, pierderea calității de practician, suspendarea acestei calități, fie datorită unui caz de incompatibilitate, pe perioada existenței acestei stări, fie ca urmare a interdicției de a profesa (pentru neplata totală sau parțială a taxelor și a contribuțiilor profesionale către U.N.P.I.R. sau, în cazul în care împotriva practicianului în insolvență s-a luat măsura suspendării, ca sancțiune disciplinară^[3]), necorespondere profesională în raport de complexitatea dosarului etc.

g) judecarea cererilor de a i se ridica debitorului dreptul de a-și mai conduce activitatea

21. În conformitate cu art. 51 alin. (1) lit. a) și e) din Codul insolvenței, printre atribuțiile comitetului creditorilor se numără și acelea de a analiza situația debitorului și de a face recomandări adunării creditorilor cu privire la continuarea activității acestuia, precum și să solicite judecătorului-sindic, în temeiul art. 85 alin. (5), *ridicarea dreptului de administrare* al celui supus procedurii colective. Acest din urmă text statuează: „creditorii, comitetul creditorilor ori administratorul judiciar pot oricând adresa judecătorului-sindic o cerere de a se ridica debitorului dreptul de administrare, având ca justificare pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate”.

^[1] În doctrină s-a arătat că, de regulă, în asemenea situații, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar se înțelege cu marii creditori (cu creanțe garantate, Autoritatea pentru Administrarea Activelor Statului, Agenția Națională de Administrare Fiscală etc.) în sensul „dirijării” procedurii generale către deschiderea falimentului, aceștia din urmă având interes imediat să își recupereze creanțele în detrimentul creditorilor chirografari, cărora le-ar fi mai favorabilă reorganizarea judiciară – I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 226.

^[2] A se vedea M. Sărăcuț, Desemnarea, confirmarea și înlocuirea administratorului judiciar, în Phoenix, nr. 47/2014, p. 11-17 și jurisprudența acolo citată.

^[3] Odată cu adoptarea Legii nr. 85/2006, a fost necesară și crearea unui cadru juridic adecvat al statutului practicienilor în această materie, lucru care s-a realizat prin apariția O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență și a Regulamentului de organizare și funcționare a Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România, aprobat prin Hotărârea U.N.P.I.R. nr. 1/2007 (M. Of. nr. 78 din 1 februarie 2007). Pentru dezvoltări a se vedea V. Stoica, G. Ungureanu, Unele considerații în legătură cu statutul practicienilor în insolvență, în R.D.C. nr. 4/2007, p. 9-29. Pentru reglementarea anterioară, a se vedea I. Turcu, Participanții (...), p. 22-28.

De asemenea, potrivit art. 85 alin. (3), judecătorul-sindic va putea ordona ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului odată cu desemnarea unui administrator judiciar, indicând, totodată, și condiția de exercitare a conducerii debitorului de către acesta. Cum, raportat la prevederile art. 73, desemnarea administratorului judiciar are loc prin chiar sentința de deschidere a procedurii generale, este evident faptul că judecătorul-sindic, odată cu deschiderea procedurii concursuale, are posibilitatea de a dispune ridicarea, în totalitate sau doar parțial, a dreptului de administrare al debitorului, constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea. În plus, conform art. 85 alin. (1), și lipsa depunerii intenției de reorganizare conduce la ridicarea dreptului de administrare, prin aceeași sentință de deschidere a procedurii.

Putem concluziona că deschiderea procedurii de insolvență nu ridică *ope legis* dreptul de administrare al debitorului, singurul caz de încetare de drept a acestei prerogative fiind acela în care el intră în procedura falimentului – art. 85 alin. (4).

În acele situații în care nu se produce *ex lege* ridicarea dreptului de administrare al debitorului, dacă vreuna dintre persoanele îndrituite solicită judecătorului-sindic acest aspect, pentru a se putea dispune o asemenea măsură este necesar ca petenții să facă dovada faptului că debitorul, păstrându-și dreptul de administrare, nu depune diligențe suficiente sau nu reușește să realizeze o gestiune eficientă a averii sale, ceea ce cauzează pierderi continue și, implicit, pagube creditorilor. De aceea, apreciem că în mod just s-a arătat în literatura de specialitate că ridicarea dreptului de administrare al debitorului se poate dispune în cazul în care judecătorul-sindic constată neregularități sau dezordine în activitatea acestuia^[1].

Un alt caz de ridicare a dreptului de administrare este și acela prevăzut de art. 82 alin. (1) din Codul insolvenței, și anume situația în care debitorul nu pune la dispoziția administratorului judiciar/lichidatorului judiciar sau a creditorului deținând cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe toate informațiile și documentele apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii.

h) judecarea cererilor de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvență sau sesizarea organelor de urmărire penală atunci când există date cu privire la săvârșirea unei infracțiuni

22. Față de prevederile art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței a marcat real un progres în această materie, prevăzând, în art. 169, că „(1) La cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte sau întregul pasiv neplătit al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și de orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului, prin una dintre următoarele fapte: a) au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane; b) au făcut acte de comerț în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice; c) au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți;

^[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 177.

d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea. În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă. Presumția este relativă; e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia; f) au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți; g) în luna precedentă încetării plăților, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori; h) orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului, constatată potrivit prevederilor prezentei legi (s.n.). (2) Dacă administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului și/sau a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1), aceasta poate fi introdusă de președintele comitetului creditorilor în urma hotărârii adunării creditorilor ori, dacă nu s-a constituit comitetul creditorilor, de un creditor desemnat de adunarea creditorilor. De asemenea, poate introduce această acțiune, în aceleași condiții, creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală (...).

Trebuie subliniat faptul că, pe de o parte, nu se mai poate vorbi de caracterul *limitativ* al enumerării cazurilor în care se poate dispune atragerea răspunderii persoanelor vinovate de apariția stării de insolvență, de vreme ce noua reglementare a introdus un al optulea caz – cel de la lit. h) –, care este astfel formulat încât acoperă orice ipoteză în care o faptă, săvârșită cu intenție, a contribuit la starea de insolvență a debitorului, iar pe de altă parte, cazul de la lit. d), care, în practică, era aproape inoperant, a primit noi valențe juridice, prin aceea că, în situația nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă, chiar dacă prezumția este una *juris tantum*. Nu în ultimul rând, pentru a pune capăt controverselor legate de împerejurarea dacă întregul pasiv al debitorului poate fi acoperit în condițiile în care alin. (1) al art. 138 din Legea nr. 85/2006, modificată, prevedea că „judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și de orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență a debitorului”, alin. (1) al art. 169 statuează expres că poate fi vorba atât de o parte, cât și de întregul pasiv neplătit al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, cu condiția să nu depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă.

Doctrina a subliniat faptul că norma legală cuprinsă la lit. g) a art. 11 din Legea nr. 85/2006 nu era coroborată cu dispozițiile art. 138^[1]. Astfel, deși în cuprinsul textului celui din urmă articol se face referire, pe lângă membrii organelor de conducere ale debitorului, și la membrii *organelor de supraveghere*, precum și la orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență, prin art. 11 s-a prevăzut între atribuțiile judecătorului-sindic numai soluționarea cererilor de *atrageră a răspunderii membrilor organelor de conducere*, legiuitorul omițând să menționeze și celelalte categorii de persoane a căror răspundere patrimonială personală poate fi antrenată pentru ajungerea debitorului, persoană juridică, în încetare de plăți. Totuși, legiuitorul român nici cu ocazia redactării Codului insolvenței nu a înlăturat această omisiune, art. 45 alin. (1) lit. h) nefiind corelat cu textul art. 169 alin. (1).

[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 63.

Cu toate acestea, alături de alți autori^[1], considerăm că judecătorul-sindic va soluționa toate cererile de atragere a răspunderii întemeiate pe art. 169 din Codul insolvenței, soluția fiind fundamentată, pe de o parte, pe împrejurarea că acțiunea privind răspunderea membrilor organelor de supraveghere și a celorlalte persoane nu este dată în competența altui organ jurisdicțional, iar, pe de altă parte, pe dispozițiile art. 41 care dau în competența tribunalului toate procedurile specifice insolvenței (cu excepția apelului declarat împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul-sindic, care va fi judecat de curtea de apel).

Prin înlocuirea verbului „a contribui”, folosit de Legea nr. 64/1995, republicată, cu acela de „a cauza”, întrebuintat de Legea nr. 85/2006, modificată, legiuitorul a dorit să sublinieze fără echivoc că este imperios necesară determinarea unei legături cauzale ferme între fapta comisă și starea de insolvență, fiind necesar ca fapta săvârșită să fie cauza directă a încetării plăților și nu doar o condiție favorabilă în apariția incapacității de plată. În doctrină s-a arătat că primul termen are un sens mai larg, care nu necesită stabilirea exactă a raportului de cauzalitate, fiind suficientă determinarea împrejurării că „fapta” a constituit numai o condiție favorabilă pentru realizarea efectului, ceea ce subliniază regimul agravat al răspunderii membrilor organelor de conducere și/sau de supraveghere^[2].

Codul insolvenței revine la verbul „a contribui”, prin aceasta creându-se condițiile aplicării dispozițiilor art. 169 în toate acele situații în care se poate stabili că fapta săvârșită de subiecții acestei forme de răspundere civilă a reprezentat doar o condiție-prilej pentru producerea rezultatului – insolvența debitorului persoană juridică. Prin această nouă concepție a legiuitorului român se reactivează soluțiile doctrinare care propuneau antrenarea răspunderii patrimoniale personale și în situațiile în care fapta ilicită a constituit doar o condiție favorabilă pentru realizarea efectului^[3]. Expresia „au contribuit la starea de insolvență a debitorului” are semnificația că faptele enumerate de textul art. 169 nu trebuie să constituie cauze exclusive ale insolvenței, fiind suficient să aibă doar o funcție contributivă, susceptibilă de a se conjuga cu alte împrejurări sau acțiuni pentru a produce un asemenea rezultat.

În acele cazuri în care judecătorul-sindic constată indiciile săvârșirii vreuneia dintre infracțiunile prevăzute de legislația insolvenței, respectiv: bancrută simplă, bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, delapidare, înregistrarea unei cereri de admitere a unei creanțe inexistente sau refuzul debitorului persoană fizică ori a reprezentantului debitorului persoană juridică de a prezenta documentele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a)-f) și l) din Codul insolvenței, el este obligat să sesizeze organele de urmărire penală în legătură cu acest aspect.

În literatura de specialitate s-au făcut câteva precizări importante în legătură cu acest text, întrucât această atribuție a judecătorului-sindic exista și în art. 11 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 85/2006. Astfel, s-a arătat că, deși urmare a folosirii sintagmei „sesizare a organelor” ar rezulta faptul că în concepția legiuitorului judecătorul-sindic ar putea să sesizeze organele de urmărire penală atât prin denunț, cât și prin plângere penală, așa cum prevede art. 288 din noul Cod de procedură penală aprobat prin Legea nr. 135/2010^[4], în realitate, judecătorul-sindic nu poate să facă sesizarea decât pe calea

^[1] *Ibidem*.

^[2] I. Schiau, op. cit., p. 304.

^[3] I. Turcu, Falimentul (...), p. 478; N. Tăndăreanu, Procedura (...), p. 250.

^[4] M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

denunțului, care are caracterul unui denunț *sui generis* din partea unui reprezentant al autorității judecătorești, fiind exclusă posibilitatea formulării unei plângeri penale pentru că art. 289 din același cod, statuează că plângerea este apanajul unei persoane fizice sau juridice referitoare la o vătămare ce i-a fost cauzată prin infracțiune^[1]. Interesant este și faptul că, potrivit dispozițiilor art. 240 alin. (2) – bancruta simplă și art. 241 alin. (2) – bancruta frauduloasă din noul Cod penal, totuși acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate.

Este de remarcat o schimbare în concepția legiuitorului față de legea anterioară care, la art. 11 alin. (1) lit. g), prevedea că sesizarea organelor de cercetare penală se putea face numai în legătură cu săvârșirea infracțiunilor prevăzute la art. 143-147 din respectiva lege. Conform Codului insolvenței, sesizarea poate fi făcută în legătură cu săvârșirea *oricărei* infracțiuni, fără a se mai preciza care sunt acele infracțiuni, însă considerăm că nu poate fi vorba decât de infracțiuni săvârșite în legătură cu procedura concursuală asupra căreia judecătorul-sindic exercită controlul judecătoresc, conform art. 45 alin. (2).

i) judecarea acțiunilor introduse de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar pentru anularea unor acte frauduloase și a acțiunilor în nulitatea plăților sau operațiunilor efectuate de către debitor, fără drept, după deschiderea procedurii

23. Uneori, în perioada premergătoare încetării plăților și, în consecință, a deschiderii procedurii de insolvență, debitorii de rea-credință încheie anumite acte juridice prejudiciabile pentru creditorii, ceea ce, în lipsa unei protecții eficace din partea legiuitorului, ar duce la imposibilitatea acestora de a-și realiza drepturile.

Codul insolvenței a reglementat problema anulării actelor frauduloase, prevăzând, într-un singur articol – 117, că „(1) Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate introduce la judecătorul-sindic acțiuni pentru anularea actelor sau operațiunilor frauduloase ale debitorului în dauna drepturilor creditorilor, în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii. (2) Următoarele acte sau operațiuni ale debitorului vor putea fi anulate, pentru restituirea bunurilor transferate sau a valorii altor prestații executate: a) acte de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii; sunt exceptate sponsorizările în scop umanitar; b) operațiuni în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii; c) acte încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturile; d) acte de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer; e) constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii; f) plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii; g) actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă un creditor. (3) Prevederile alin. (2) lit. d)-f) nu sunt aplicabile actelor încheiate, cu bună-credință, în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 160.

pentru restructurarea datoriilor debitorului, sub rezerva ca acordul să fi fost de natură a conduce, în mod rezonabil, la redresarea financiară a debitorului și să nu aibă ca scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori. Prevederile de mai sus se aplică și actelor juridice încheiate în cadrul procedurilor prevăzute la Titlul I. (4) Următoarele acte sau operațiuni, încheiate în cei 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii cu persoanele aflate în raporturi juridice cu debitorul, vor putea, de asemenea, să fie anulate și prestațiile recuperate: a) cu un asociat comanditat sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, în situația în care debitorul este acea societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată; b) cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un grup de interes economic; c) cu un acționar deținând cel puțin 20% din acțiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acționarilor, în situația în care debitorul este respectiva societate pe acțiuni; d) cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă; e) cu orice altă persoană fizică ori juridică, deținând o poziție de control asupra debitorului sau a activității sale; f) cu un coproprietar sau proprietar devălmaș asupra unui bun comun; g) cu soțul, rude sau afini până la gradul al patrulea inclusiv, ai persoanelor fizice enumerate la lit. a)-f)".

O primă observație ar fi aceea că așa-numita „perioadă suspectă” a fost redusă de la 3 ani la 2 ani, pentru cazul actelor de transfer cu titlu gratuit și al actelor încheiate cu intenția tuturor părților de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori, iar prestațiile dezechilibrate nu mai pot fi vizate decât pentru cel mult 6 luni înainte de deschiderea procedurii insolvenței. A doua observație este legată de faptul că se extinde perioada suspectă specială, de la 120 de zile la 6 luni, pentru cazul plăților preferențiale și a constituirilor de garanții, fiind menținută, la 2 ani, perioada perfectării actelor de transfer sau de asumare de obligații efectuate de debitor cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă un creditor. Mai trebuie spus că terțul dobânditor de rea-credință, în noua reglementare, va fi înscris la ordinea creanțelor subordonate, iar pentru respectarea regulilor de procedură civilă, acesta își poate valorifica drepturile numai pe calea cererii reconvenționale formulate în cadrul acțiunii îndreptate împotriva sa potrivit prevederilor art. 117. În fine, Codul insolvenței reglementează caracterul exclusiv și derogator al acțiunilor revocatorii falimentare față de acțiunile pauliene de drept comun, statuând, în alin. (7) al art. 122, că de la data deschiderii procedurii de insolvență, anularea unor acte, pentru motivul fraudei în dauna creditorilor, încheiate de debitor în cei 2 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, se poate face exclusiv prin intermediul acțiunilor prevăzute la art. 117.

j) judecarea contestațiilor debitorului, ale comitetului creditorilor ori ale oricărei persoane interesate împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar

24. Sunt autori care s-au exprimat în sensul că judecătorul-sindic, în virtutea principiului rolului activ al instanței, ar putea să dispună desființarea acelor măsuri ale practicianului care sunt contrare legii, chiar dacă acestea nu sunt contestate de persoanele și în condițiile prevăzute de lege^[1]. Deși, ca principiu, suntem de acord cu acest punct

^[1] *Idem*, p. 104.

de vedere, trebuie să facem următoarea precizare: rolul activ conferit judecătorilor de vechiul Cod de procedură civilă – art. 129 – a suferit o oarecare temperare, ca urmare a reformulării textului^[1], în sensul că și părților le-au fost impuse anumite obligații procesuale. Astfel, „părțile au îndatorirea ca, în condițiile legii, să urmărească desfășurarea și finalizarea procesului. De asemenea, ele au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător, să-și exercite drepturile procedurale conform dispozițiilor art. 723 alin. (1), precum și să-și probeze pretențiile și apărările (...)”.

Din oficiu, instanța poate ridica și pune în discuția contradictorie a părților numai chestiuni de ordine publică, în opinia noastră judecătorul-sindic urmând să dispună desființarea numai a acelor măsuri ale administratorului judiciar sau, după caz, ale lichidatorului care sunt contrare unor dispoziții imperative ale legii.

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere că, potrivit art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței, atribuțiile tribunalului sunt limitate doar la controlul judecătoresc al activității practicianului și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței, atribuțiile manageriale aparținând în exclusivitate administratorului judiciar ori lichidatorului judiciar sau, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-și administra averea, controlul unor asemenea decizii, sub aspectul oportunității, fiind încredințat de legiuitor creditorilor, prin organele lor.

În acele cazuri în care debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori sau vreo altă persoană interesată formulează *contestație împotriva măsurilor luate de practician*, aceasta trebuie să fie înregistrată, sub sancțiunea decăderii^[2], în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a extrasului din raportul lunar de activitate, iar judecătorul-sindic are obligația de a o soluționa, în cel mult 15 zile de la înregistrarea ei, în camera de consiliu, cu citarea contestatorului, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a comitetului creditorilor, putând, la solicitarea contestatorului, să suspende executarea măsurii atacate.

k) confirmarea planului de reorganizare, după votarea lui de către creditori

25. Reorganizarea judiciară reprezintă acea procedură care se aplică debitorului, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor conform programului de plată a creanțelor^[3] și care presupune întocmirea, aprobarea, confirmarea, implementarea și respectarea unui plan, numit *plan de reorganizare*. Acesta, poate să prevadă, nelimitativ, împreună

^[1] Ultima formă a art. 129 a fost dată prin O.U.G. nr. 138/2000 pentru modificarea și completarea Codului de procedură civilă (M. Of. nr. 479 din 2 octombrie 2000), aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 219/2005 (M. Of. nr. 609 din 14 iulie 2005).

^[2] Art. 185 CPC prevede următoarele: „(1) Când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate. (2) În cazul în care legea oprește îndeplinirea unui act de procedură înăuntrul unui termen, actul făcut înaintea împlinirii termenului poate fi anulat la cererea celui interesat”; în același sens, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 223; soluția este valabilă și în condițiile Codului insolvenței, art. 342 alin. (1) prevăzând că „dispozițiile prezentei ordonanțe de urgență se completează, în măsura în care nu contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil”.

^[3] Potrivit pct. 53 al art. 5 din Codul insolvenței, „Programul de plată a creanțelor este graficul de achitare a acestora menționat în planul de reorganizare care include: a) cuantumul sumelor pe care debitorul se obligă să le plătească creditorilor, dar nu mai mult decât sumele datorate conform tabelului definitiv de creanțe; în cazul creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință sumele vor putea include și dobânzile; b) termenele la care debitorul urmează să plătească aceste sume”.

sau separat, restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului ori restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social ori restrângerea activității prin lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului.

Având în vedere rolul pe care îl îndeplinește planul, legiuitorul a reglementat în mod amănunțit atât condițiile elaborării, cele ale aprobării și confirmării planului, cât și consecințele datorate realizării ori nerealizării acestuia cu privire la situația debitorului. Din analiza prevederilor legale privitoare la plan, a modalității de aprobare și a efectelor acestuia, doctrina a concluzionat că planul are o triplă natură juridică: convențională, judiciară și legală^[1].

Dacă planul de reorganizare judiciară a fost propus de subiectele îndrituite, a fost acceptat de către adunarea generală a creditorilor și, ulterior, confirmat de judecătorul-sindic întrucât respectă toate condițiile impuse de lege, activitatea debitorului va fi reorganizată în mod corespunzător, iar creanțele și drepturile creditorilor urmează să fie modificate astfel cum se prevede în plan.

26. Codul insolvenței a nuanțat condițiile cerute pentru *confirmarea unui plan de reorganizare*, în sensul că, în cazul în care sunt cinci categorii, planul se consideră acceptat dacă cel puțin trei dintre categoriile de creanțe menționate în programul de plăți, dintre cele prevăzute la art. 138 alin. (3) (creanțe care beneficiază de drepturi de preferință, creanțe salariale, creanțe bugetare, creanțe deținute de creditori indispensabili și celelalte creanțe chirografare), acceptă planul cu condiția ca minimum una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul; în cazul în care sunt trei categorii, planul se consideră acceptat dacă cel puțin două categorii votează planul, cu condiția ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul; în cazul în care sunt două sau patru categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care este votat de cel puțin jumătate din numărul de categorii, cu condiția ca una dintre categoriile defavorizate să accepte planul și ca cel puțin 30% din totalul valoric al masei credale să accepte planul; fiecare categorie defavorizată de creanțe care a respins planul este supusă unui tratament corect și echitabil prin plan; planul respectă, din punct de vedere al legalității și viabilității, prevederile art. 133.

Preluând prevederile corespunzătoare ale art. 97 din Legea nr. 85/2006, Codul arată că nu se consideră modificare a creanței sau a condițiilor de realizare a acesteia situația în care planul propus prevede revenirea la condițiile de realizare a creanței anterioare survenirii evenimentelor care au condus la modificarea condițiilor respective, cum ar fi neplata uneia sau mai multor rate scadente ale unui împrumut, la termenele și în condițiile stipulate în contract, care conduce la accelerarea plății întregului rest al împrumutului.

În legătură cu confirmarea planului, în literatura de specialitate s-a arătat că în această „fază finală” prin care trece un plan de reorganizare judecătorul-sindic nu mai are posibilitatea să se pronunțe asupra planului (așa cum a făcut-o în cazul admiterii acestuia, în forma inițială a Legii nr. 85/2006), pentru că nici ceilalți protagoniști ai procedurii nu

^[1] I. Schiau, op. cit., p. 220; în același sens, N.O. Rusu, Considerații privind posibilitatea modificării planului de reorganizare și a prelungirii perioadei acestuia, în R.D.C. nr. 10/2006, p. 85; mai recent, alți autori s-au exprimat în sensul că planul de reorganizare are natura juridică a unui act de procedură *sui generis* specific procedurii reorganizării judiciare, de îndeplinirea sau neîndeplinirea căruia depinde soarta juridică a debitorului, fixând cadrul procesual, etapa procedurală ce urmează în cursul firesc al desfășurării procedurii insolvenței, și anume procedura reorganizării judiciare – I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 612-613.

mai au această posibilitate, creditorii exprimându-și punctul de vedere prin votul lor în cadrul adunării generale convocate de practician, vot care este decisiv și „leagă” astfel instanța, judecătorul-sindic nefăcând altceva decât să ia act de voința creditorilor^[1]. Cu toate acestea, Codul insolvenței menționează expres faptul că judecătorul-sindic, pentru a confirma planul, se pronunță asupra *viabilității* acestuia [art. 139 alin. (1) lit. F.]. Tot astfel, în situația în care un plan de reorganizare judiciară propus de categoriile de persoane enumerate de art. 132 din Codul insolvenței nu a fost confirmat, adică nu s-au întrunit voturile favorabile din partea creditorilor, chiar dacă el este viabil, judecătorul-sindic nu-l poate impune, ci este obligat să procedeze la declanșarea falimentului.

Codul insolvenței prevede că, în cazul intrării în faliment, se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului, scăzându-se, evident, sumele achitate în timpul planului de reorganizare. În schimb, conform art. 145 alin. (1) lit. A. c) din Codul insolvenței, dacă niciun plan nu este confirmat și termenul pentru propunerea unui plan a expirat, judecătorul-sindic va dispune începerea de îndată a procedurii falimentului, pronunțând dizolvarea societății debitoare, stabilind, totodată, măsurile privitoare la începerea lichidării averii falitului.

l) soluționarea cererii administratorului judiciar sau a creditorilor de întrerupere a procedurii de reorganizare judiciară și de intrare în faliment

27. Este posibil ca transpunerea în practică a planului de reorganizare judiciară, operațiune care revine debitorului persoană juridică, sub supravegherea sau, după caz, sub conducerea administratorului judiciar (în ipoteza incidenței art. 85 alin. (5), adică ridicarea dreptului de administrare), să nu corespundă finalităților avute în vedere la momentul propunerii, aprobării și confirmării acestuia. Altfel spus, dacă debitorul nu se conformează planului^[2] sau desfășurarea activității aduce pierderi averii sale sau se acumulează noi datorii către creditorii din cadrul procedurii, administratorul judiciar sau oricare dintre creditori poate solicita judecătorului-sindic să aprobe intrarea în faliment. Cu toate acestea, legiuitorul a statuat că înregistrarea *cererii de intrare în faliment* nu suspendă continuarea activității debitorului până când judecătorul-sindic nu se pronunță asupra solicitării, prevederea cuprinsă în art. 143 alin. (2) din Codul insolvenței fiind una logică, în condițiile în care este posibil ca cererea de intrare a debitorului în faliment să fie neîntemeiată, însă, dacă ea ar avea efect suspensiv de executare în privința continuării reorganizării, perspectivele de reușită a planului ar putea fi periclitare iremediabil.

m) soluționarea contestațiilor formulate la rapoartele administratorului judiciar sau ale lichidatorului judiciar

28. Față de reglementarea anterioară, Codul insolvenței a reglementat mai în detaliu atât cuprinsul raportului practicianului, cât și soluțiile pe care le are la îndemână judecătorul-sindic. Astfel, s-a prevăzut că administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar va depune lunar un raport cuprinzând descrierea modului în care și-a îndeplinit atribuțiile, justificarea cheltuielilor efectuate cu administrarea procedurii sau a altor cheltuieli efec-

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 630.

^[2] Întrucât legiuitorul nu a definit „neconformarea la plan”, a revenit doctrinei rolul de a formula o definiție a acestei instituții, sens în care s-a considerat că ea poate fi apreciată ca fiind nepunerea în practică de către debitor a schimbărilor de structură stabilite prin planul de reorganizare sau a măsurilor propuse – N. Tândăreanu, Procedura (...), p. 226.

tuate din fondurile existente în averea debitorului, precum și, dacă este cazul, stadiul efectuării inventarierii, menționându-se, totodată, în raport și onorariul încasat de practician, cu precizarea modalității de calcul al acestuia, raportul urmând să fie depus la dosarul cauzei, iar un extras să fie publicat în BPI. La fiecare 120 de zile, judecătorul-sindic va analiza și se va pronunța asupra stadiului continuării procedurii, printr-o rezoluție, prin care va putea pune în sarcina administratorului judiciar/lichidatorului judiciar anumite măsuri și va acorda un termen administrativ de control sau de judecată, după caz. Conform art. 59 alin. (6) din Codul insolvenței, contestația se formulează în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a extrasului raportului de activitate [spre deosebire de corespondentul său, art. 21 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, care prevedea un termen de 3 zile de la depunerea raportului]. Judecătorul-sindic va soluționa contestația, în termen de 15 zile de la înregistrarea ei, în camera de consiliu, cu citarea contestatorului, a administratorului judiciar și a comitetului creditorilor, putând, la cererea contestatorului, să suspende executarea măsurii contestate. Suspendarea se judecă în camera de consiliu, de îndată, fără citarea părților.

Chiar dacă raportul nu mai poate cuprinde mai multe luni, cu baza de raportare luna întreagă, este de reținut faptul că norma este una imperativă, practicianului care nu o respectă, în sensul că nu prezintă judecătorului-sindic la fiecare termen de continuare a procedurii un raport de activitate, putându-i-se aplica una dintre sancțiunile prevăzute de art. 60 alin. (2) și art. 57 alin. (4) din Codul insolvenței.

O asemenea obligație impusă în sarcina administratorului judiciar/lichidatorului judiciar este una firească, în condițiile în care judecătorul-sindic are datoria de a supraveghea întreaga procedură, deci, implicit, și activitatea practicianului, fiind necesar să asigure legalitatea tuturor actelor și operațiilor întreprinse în cadrul procedurii, legislația insolvenței conferind persoanelor interesate posibilitatea de a contesta orice măsură luată de acesta. Practic, prin contestația formulată, persoana respectivă își arată dezacordul, nemulțumirea față de cele menționate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar în cuprinsul raportului privitor la activitatea desfășurată și la justificarea cheltuielilor efectuate în cadrul procedurii.

Mai mult decât atât, art. 62 din Codul insolvenței reglementează posibilitatea oricăruia dintre creditori de a formula, alături de administratorul judiciar, obiecțiuni împotriva *rapoartelor de evaluare* întocmite în cauză. Obiecțiunile trebuie formulate în termen de maximum 5 zile de la publicarea în BPI a unui anunț cu privire la depunerea raportului de evaluare la dosarul cauzei, urmând ca judecătorul-sindic să le soluționeze în termen de cel mult 15 zile de la înregistrarea lor, cu citarea celui care a formulat obiecțiunile, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a membrilor comitetului creditorilor. Dacă instanța admite cererea, va obliga evaluatorul, sub sancțiunea amenzii, să răspundă la obiecțiunile încuviințate în termen de maximum 5 zile de la primirea, din partea instanței de judecată, a unei adrese în acest sens. Pentru motive temeinice, precum și în cazul în care răspunsul la obiecțiuni nu este satisfăcător, judecătorul-sindic va putea dispune, la cerere sau din oficiu, efectuarea unei noi evaluări, după care va omologa unul dintre rapoartele de evaluare.

n) judecarea acțiunii în anularea hotărârii adunării creditorilor

29. Masa credală este constituită din toți creditorii participanți la procedura insolvenței, adică acei creditori care au formulat și cărora le-a fost admisă, total sau doar parțial,

o cerere de înregistrare a creanței pe tabelul definitiv al creanțelor contra debitorului și care, astfel, au dobândit drepturile și obligațiile reglementate de legislația insolvenței pentru fiecare stadiu al procedurii, cum ar fi dreptul să participe și să voteze în cadrul adunării creditorilor, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară, de a fi desemnat în calitate de membru al comitetului creditorilor, de a participa la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii acestuia, de a fi informați sau notificați cu privire la desfășurarea procedurii.

Conform art. 5 pct. 19 din Codul insolvenței, „creditor este acel creditor îndreptățit să participe la procedură, adică titularul unui drept de creanță care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, în urma admiterii căreia acesta dobândește drepturile și obligațiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură, precum și prin închiderea procedurii; au calitatea de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului”.

Rolul adunării creditorilor, chiar dacă aceasta nu este un organ care aplică procedura, ci doar un participant la procedura insolvenței, este mult mai important în actuala reglementare, ceea ce a determinat și o stabilire clară a condițiilor în care hotărârile adoptate în cadrul acesteia pot fi contestate și, eventual, anulate. Regimul juridic al desființării hotărârilor adunării creditorilor este reglementat de Codul insolvenței, care, spre deosebire de prevederile legale anterioare, nuanțează puțin acest aspect, statuând, în art. 48 alin. (7) și (8), că „(7) *Hotărârea adunării creditorilor poate fi anulată de judecătorul-sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor sau ale căror voturi nu au fost consemnate în procesul-verbal întocmit.* Hotărârea, cu excepția celei prin care a fost desemnat, poate fi atacată, pentru motive de nelegalitate, și de *administratorul judiciar/lichidatorul judiciar.* (8) Cererea prevăzută la alin. (7) va fi depusă la dosarul cauzei, inclusiv în format electronic, în termen de 5 zile de la data publicării în BPI a procesului-verbal al adunării creditorilor (s.n.) și va fi soluționată în camera de consiliu, cu citarea celui care a introdus cererea, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a creditorilor. Citarea creditorilor, cu excepția celui care a formulat cererea, și comunicarea actelor către aceștia se vor face prin BPI”.

Așadar, Codul insolvenței stabilește un principiu: hotărârile adunării creditorilor pot fi atacate în justiție și desființate/anulate de judecătorul-sindic, însă controlul judecătoresc este limitat doar la motive de legalitate, de încălcare a unor norme imperative ale legii, nu și la considerente de oportunitate, acestea din urmă excedând controlului instanței pentru că altfel s-ar comite o ingerință nepermisă în activitatea adunării generale a creditorilor.

o) judecarea cererilor administratorului judiciar/lichidatorului judiciar în situațiile în care nu se poate lua o hotărâre în ședințele comitetului creditorilor sau ale adunării creditorilor din lipsa de cvorum cauzat de neprezentarea creditorilor legal convocați, la cel puțin două ședințe ale acestora având aceeași ordine de zi

30. Aceasta este o atribuție a judecătorului-sindic nou introdusă prin Codul insolvenței, nevoia deblocării procedurii colective în anumite situații fiind resimțită în multe cazuri, mai ales în ipotezele în care nici practicianului și nici instanței nu li se poate imputa vreo

culpă pentru blocajul ivit. Totuși, trebuie remarcat faptul că, punctual, există situații în care legiuitorul a preferat să stabilească o altă soluție decât deferirea judecătorului-sindic a situației de blocaj. Cu alte cuvinte, există cazuri în care legiuitorul a prevăzut expres o anumită soluție pentru blocajul ivit, fără a mai conferi judecătorului-sindic atribuția „dezlegării” acestuia.

Astfel, potrivit art. 57 alin. (14), în cazul în care adunarea creditorilor confirmă administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, dar nu aprobă oferta de onorariu a acestuia, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea accepta onorariul votat de către creditorii sau va reconvoca adunarea într-un termen de maximum 30 de zile pentru negocierea cu creditorii și discutarea onorariului. În cazul în care nici la această adunare oferta administratorului judiciar/lichidatorului judiciar nu va fi acceptată de către creditorii, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea declara că se retrage. În caz de renunțare, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va convoca o nouă adunare în termen de maximum 30 de zile, în vederea desemnării noului administrator judiciar/lichidator judiciar. Dacă în cadrul acestei adunări nu se desemnează un alt administrator judiciar/lichidator judiciar, *președintele comitetului creditorilor* sau, dacă nu a fost constituit, *un creditor desemnat de adunarea creditorilor va solicita judecătorului-sindic desemnarea unui administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu*, în termen de maximum 5 zile de la data adunării. Judecătorul-sindic va numi un administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu în termen de 5 zile de la sesizare, în cameră de consiliu.

Tot astfel, art. 62 alin. (6) prevede că, în cazul în care operațiunile pentru care este necesară angajarea de specialiști sunt operațiuni obligatorii impuse de lege, cum ar fi, dar nu limitat la acestea, arhivarea documentelor, bilanțurile obligatorii de mediu, audit și alte asemenea, dacă propunerile administratorului judiciar/lichidatorului judiciar sunt respinse de către comitetul creditorilor, acesta va convoca un nou comitet în termen de maximum 7 zile, în care membrii comitetului vor trebui să propună și să desemneze un specialist, aprobându-i și onorariul. În cazul în care în cele două comitete nu s-a decis numirea unui specialist, *practicianul în insolvență va putea să desemneze specialistul cu oferta tehnică și financiară cea mai bună*, dintre cele depuse pentru cele două comitete.

Oricum, completarea atribuțiilor judecătorului-sindic în acest sens este binevenită, întrucât, în multitudinea de cazuri practice, se pot ivi ipoteze neacoperite de lege, ceea ce va permite instanței să intervină, în temeiul art. 45 alin. (1) lit. o) din Codul insolvenței, și să deblocheze procedura judiciară.

p) dispunerea convocării adunării creditorilor, cu o anumită ordine de zi

31. Regula în această materie este aceea că adunarea creditorilor va fi convocată și prezidată de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, dacă legea sau judecătorul-sindic nu dispune altfel, secretariatul ședințelor adunărilor creditorilor fiind tot în sarcina practicianului. Adunarea creditorilor va putea fi convocată și de comitetul creditorilor sau de către creditorii deținând creanțe în valoare de cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot. În această situație, dacă administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar refuză să prezideze adunarea creditorilor ori nu se prezintă la data și locul convocării, aceasta va fi prezidată de președintele comitetului creditorilor ori, în lipsă, de creditorul care a cerut convocarea, reprezentat sau asistat de un avocat ori de un consilier juridic. În acest caz, convocarea și orice alte documente și informații aferente acesteia vor fi comunicate de urgență administratorului judiciar/lichidatorului

judiciar. Procesul-verbal întocmit va fi transmis spre publicare în BPI în termen de 3 zile de către persoana care a prezidat adunarea.

În același sens, art. 58 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței prevede, printre atribuțiile principale ale administratorului judiciar, și pe aceea legată de convocarea, prezidarea și asigurarea secretariatului ședințelor adunării creditorilor sau ale acționarilor, asociaților ori membrilor debitorului persoană juridică.

De altfel, singurul caz reglementat de lege în care judecătorul-sindic are obligația de a *convoca adunarea generală a creditorilor* este cel de la art. 167 alin. (1) din Codul insolvenței, corespondentul art. 129 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, modificată: „după ce bunurile din averea debitorului au fost lichidate, lichidatorul judiciar va supune judecătorului-sindic un raport final însoțit de situațiile financiare finale; copii de pe acestea vor fi comunicate tuturor creditorilor și debitorului prin publicare în BPI. *Judecătorul-sindic va dispune convocarea adunării creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la publicarea raportului final (s.n.)*. Creditorii pot formula obiecțiuni la raportul final cu cel puțin 5 zile înainte de data convocării”.

Indiferent cine procedează la convocarea adunării creditorilor, menționarea în convocator a ordinii de zi este obligatorie, întrucât orice deliberare asupra unei chestiuni necuprinse în convocare este nulă, cu excepția cazului în care la ședință participă titularii tuturor creanțelor și aceștia sunt de acord cu introducerea chestiunii respective pe ordinea de zi a ședinței.

q) pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii

32. Atâta timp cât față de un debitor, persoană fizică sau persoană juridică de drept privat, care face parte din una dintre categoriile prevăzute de art. 38 din Codul insolvenței, a fost declanșată în mod definitiv procedura reglementată de acest act normativ, este de la sine înțeles că, la un moment dat, aceasta trebuie și închisă, iar judecătorul-sindic, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar și toate persoanele care i-au asistat să fie descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați. În condițiile în care singurul organ care are ca atribuție deschiderea procedurii de insolvență este judecătorul-sindic, principiul simetriei impune ca tot acestuia să-i fie atribuită și prerogativa pronunțării hotărârii de *închidere a procedurii colective*.

Cazurile în care poate fi închisă procedura insolvenței sunt reglementate de art. 174-178 din Codul insolvenței, și anume:

- în orice stadiu al procedurii, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare; Codul insolvenței a introdus, în plus, doar condiția ca judecătorul-sindic să audieze de urgență creditorii într-o ședință, pentru a stabili dacă aceștia refuză avansarea sumelor necesare ori nu se prezintă, deși s-a îndeplinit procedura citării prin BPI;

- o procedură de reorganizare prin continuarea activității sau de lichidare pe bază de plan va fi închisă în cazul în care se îndeplinesc toate obligațiile de plată asumate în planul confirmat;

- dacă o procedură începe ca reorganizare, dar apoi devine faliment, aceasta va fi închisă în condițiile de închidere a procedurii falimentului;

– o procedură de faliment va fi închisă atunci când judecătorul-sindic a aprobat raportul final, când toate fondurile sau bunurile din averea debitorului au fost distribuite și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă;

– dacă creanțele au fost complet acoperite prin distribuirile făcute, închiderea procedurii și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat poate avea loc și mai înainte ca bunurile din averea acestuia să fi fost lichidate în întregime, în situația în care toți asociații persoanei juridice sau persoana fizică, după caz, solicită acest lucru în termen de 30 de zile de la notificarea lichidatorului judiciar făcută administratorului special, urmând ca bunurile să treacă în coproprietatea asociaților/acționarilor, corespunzător cotelor de participare la capitalul social, în toate celelalte cazuri închiderea procedurii insolvenței având loc numai după lichidarea completă a activului, eventualele sume reziduale ultimei distribuiți urmând a fi depuse într-un cont la dispoziția asociaților sau persoanei fizice, după caz; dacă după acoperirea tuturor creanțelor, închiderea procedurii și radierea debitorului din registrele în care acesta a fost înmatriculat, au fost identificate bunuri în patrimoniu care nu au fost cunoscute în timpul procedurii de insolvență, acestea vor intra de drept în patrimoniul asociaților;

– dacă procedura a fost deschisă în urma formulării cererii introductive de către debitor, iar la expirarea termenului pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor se constată că nu s-a depus nicio cerere, procedura de insolvență va fi închisă;

– în fine, un nou caz de închidere a procedurii concursuale, introdus prin art. 178, vizează ipoteza în care toți creditorii înscriși în tabelul definitiv al creanțelor primesc sumele ce li se datorează în perioada de observație sau renunță la judecată în perioada de observație, ceea ce permite judecătorului-sindic să dispună închiderea procedurii, fără radierea debitorului din registrul în care este înregistrat.

33. Pe lângă aceste atribuții, reglementate în cadrul art. 45 – sediul general al materiei atribuțiilor judecătorului-sindic – Codul insolvenței mai prevede și alte situații care constituie, ele însele, cazuri de competența judecătorului-sindic, astfel:

– judecarea cererilor de ordonanță președințială pentru prevenirea executării silite a debitorului anterior deschiderii procedurii – art. 66 alin. (11);

– judecarea cererilor de ordonanță președințială pentru prevenirea înstrăinării de bunuri de către debitor până la pronunțarea asupra deschiderii procedurii – art. 70 alin. (5);

– comunicarea către organul fiscal competent, în termen de 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului, a cererii de deschidere a procedurii formulate de către debitor – art. 72 alin. (2);

– posibilitatea de a decide desființarea, în tot sau în parte, a actelor sau a operațiunilor încheiate în temeiul unei hotărâri a adunării creditorilor, refăcută ca urmare a viciului votului, prin faptul neluării sau al luării în considerare a unei creanțe, validată prin hotărâre definitivă ulterioară, și al cărei vot ar fi fost decisiv în luarea respectivei hotărâri – art. 49 alin. (3);

– stabilirea onorariului practicianului în cazul desființării – pentru orice motive – a hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței – art. 57 alin. (13);

– judecarea contestațiilor împotriva măsurilor practicianului în insolvență privind stabilirea existenței/cuantumului creanțelor născute după data deschiderii procedurii – art. 75 alin. (3);

- posibilitatea amendării contestatorului pentru netrimiteră documentelor justificative și a contestației către debitor, creditorul contestat și practicianul în insolvență – art. 111 alin. (4);
 - posibilitatea decăderii din dreptul de a depune întâmpinare pentru situația în care întâmpinarea nu a fost comunicată creditorului contestator, administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și debitorului [sanctiunea este prevăzută de art. 208 alin. (2) NCPC] – art. 111 alin. (5);
 - verificarea condițiilor și judecarea litigiilor în legătură cu sumele aflate în conturi escrow – art. 75 alin. (7);
 - soluționarea cererilor de reziliere pentru culpa contractuală a debitorului, născută ulterior menținerii contractului – art. 123 alin. (3);
 - judecarea acțiunilor în despăgubiri în cazul denunțării contractelor de către practicianul în insolvență – art. 123 alin. (4);
 - judecarea litigiilor privind situațiile de impreviziune – art. 1.271 NCC – art. 123 alin. (5);
 - judecarea cererii prin care sumele de bani existente în contul debitorului la data deschiderii procedurii, și asupra cărora poartă cauze de preferință (ipoteca mobilă, *cash-ul colateral*) pot fi folosite de către administratorul judiciar, chiar fără acordul creditorului garantat, dacă se acordă o protecție corespunzătoare – art. 75 alin. (9);
 - judecarea cererii de trecere la faliment, oricând în timpul planului de reorganizare sau chiar după îndeplinirea obligațiilor asumate în plan, din partea unui creditor deținând creanțe curente, certe, lichide și exigibile, mai vechi de 60 de zile și peste valoarea prag, și posibilitatea respingerii ei pentru următoarele motive: (i) creanța nu este datorată; (ii) creanța este achitată sau (iii) debitorul încheie o convenție de plată cu creditorul – art. 143 alin. (3);
 - judecarea acțiunii în răspunderea administratorului special pentru încălcarea limitelor dreptului de administrare, cu nerespectarea dispozițiilor art. 87, putând dispune ca o parte a pasivului astfel produs să fie suportat de către administratorul special, fără a se putea depăși prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate – art. 84 alin. (2);
 - judecarea cererii de valorificare a bunurilor conform noului Cod de procedură civilă, în ipotezele în care (i) nu a fost aprobat un regulament de vânzare sau (ii) deși aprobat, acesta nu a condus la o valorificare într-un termen rezonabil – art. 156 alin. (2).
- Având în vedere că în practică se pot întâlni o varietate foarte mare de situații de fapt ce necesită intervenția judecătorului de insolvență, legiuitorului i-a fost imposibil să reglementeze toate aceste ipoteze și să cuprindă în text atribuții corespunzătoare pentru fiecare caz în parte. Tocmai de aceea, în art. 45 alin. (1) din Codul insolvenței, se arată că textul privește doar *principalele* atribuții ale judecătorului-sindic, ceea ce demonstrează fără niciun echivoc caracterul enunțiativ al enumerării, fiind de netăgăduit faptul că pe parcursul judecării unui dosar de insolvență orice situație litigioasă și care are o legătură directă cu procedura colectivă nu poate intra decât în competența de soluționare a judecătorului-sindic, acesta neputându-se „sustrage” de la soluționarea incidentului (de exemplu, prin pronunțarea unei încheieri de scoatere de pe rol și de trimitere a dosarului la o altă secție a aceluiași tribunal sau a unei sentințe de declinare a competenței în

favoarea altei instanțe) pe motiv că respectivul caz nu se încadrează în sfera atribuțiilor ce-i sunt conferite expres^[1].

§3. Natura juridică a funcției îndeplinite de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar

34. Practicianul în insolvență, indiferent de modalitatea desemnării sale (de către judecătorul-sindic sau de către creditorii), îndeplinește funcția unui *reprezentant* al justiției^[2], deoarece reprezintă și apără nu numai interesele debitorului și ale creditorilor, dar, alături de judecătorul-sindic, oferă garanția respectării prevederilor legale și coordonează, supraveghează și acționează în vederea derulării procedurii.

Ca natură juridică, *reprezentarea exercitată de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar* se aseamănă ca esență cu cea realizată în baza unui contract de mandat^[3], deosebindu-se de aceasta prin:

- dacă obiectul contractului de mandat este lăsat de legiuitor la latitudinea părților contractante, sub condiția respectării normelor imperative ale legii și ale bunelor moravuri, respectându-se principiul specializării, obiectul reprezentării exercitate de administratorul judiciar/lichidator este unul legal-judiciar, adică atribuțiile sale pot fi doar cele enumerate de lege și/sau stabilite de judecătorul-sindic;

- limitele contractului de mandat rezultă cu evidență din conținutul actului încheiat de părți, terții luând cunoștință de acestea din chiar cuprinsul actului, iar limitele reprezentării exercitate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar sunt stabilite de lege și de judecătorul-sindic;

- în cazul reprezentării exercitate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, nu există posibilitatea substituirii în îndeplinirea mandatului și nici cea de solidaritate sau de mandat în interes comun, ca în dreptul comun;

- obținerea calității de mandatar necesită capacitatea deplină de exercițiu, care se dobândește prin împlinirea vârstei de 18 ani, pe când cea de reprezentant al justiției ca administrator judiciar/lichidator judiciar presupune nu numai capacitatea deplină de exercițiu, dar întotdeauna și studii superioare de o anumită specialitate (economist, jurist, evaluator) și experiență în activitatea practică, economică sau juridică;

- încetarea funcției de mandatar are loc în cazurile și în condițiile prevăzute de dreptul comun, pe când cea de reprezentant al justiției are loc doar pentru motive temeinice, ce au la bază dolul sau culpa gravă a administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar,

^[1] În sens contrar, a se vedea C.A. Pitești, dec. civ. nr. 1195/R-C din 23 noiembrie 2007, în B.C.A. nr. 1/2008, p. 26-27, hotărâre prin care s-a reținut că interesul și legitimarea procesuală activă a creditoarei falite în a promova o acțiune prin care solicită contravaloarea unor investiții de la pârâta-adjudecată a unui bun în procedura insolvenței sunt justificate, însă competența de soluționare a unei asemenea cereri revine tribunalului comercial, ca instanță de fond, raportat la valoarea pretențiilor deduse judecății, întrucât atribuțiile judecătorului-sindic sunt limitate strict la judecata acțiunilor și cererilor prevăzute la art. 11 din Legea nr. 85/2006.

^[2] Preferăm denumirea de *reprezentant al justiției* și nu pe cea de *mandatar al justiției*. Chiar și numai ideea de *reprezentare* (ca noțiune-gen) considerăm că necesită implicarea persoanei în cauză. Faptul că este întotdeauna remunerat, obligă, pe de altă parte, la implicarea activă a acestuia în procedură. Noțiunea de *reprezentant* este adecvată și în contextul reglementării în Codul civil a reprezentării (art. 2009-2042), recunoscându-i-se acestei instituții caracterul său autonom și individual, independent de izvorul ce i-a dat naștere. Pentru denumirea de mandatar al justiției, a se vedea I. Turcu, *Tratat de insolvență* (...), 2007, p. 335.

^[3] În ceea ce privește noțiunea contractului de mandat comercial, inclusiv prin comparare cu mandatul civil, a se vedea, C. Roșu, *Contractul de mandat în dreptul privat intern*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 108-113 și p. 172-177.

fiind responsabilitatea judecătorului-sindic (chiar și atunci când propunerea de înlocuire aparține adunării creditorilor), sau la închiderea procedurii;

- situațiile de incompatibilitate și cele privind existența poliței de asigurare de răspundere profesională sunt specifice doar reprezentantului justiției;

- mandatul reprezentantului justiției este întotdeauna unul cu titlu oneros (este vorba de o prezumție absolută, *iuris et de iure*, consacrată prin dispoziție imperativă a legii), forma scrisă fiind consacrată prin intermediul hotărârii judecătorești de deschidere a procedurii insolvenței și, eventual, al altor încheieri pronunțate de judecătorul-sindic^[1].

Remarcăm că obiectul reprezentării exercitate de practicianul în insolvență nu este, de regulă, unul fix, prestabilit încă de la momentul începerii exercitării sale, ci dimpotrivă, este susceptibil de a suferi modificări sub aspectul întinderii. Simpla precizare a legiutorului în art. 58 alin. (1) și art. 64 din Codul insolvenței („principalele atribuții” ale administratorului judiciar și, respectiv, ale lichidatorului judiciar)^[2] demonstrează că în orice moment al procedurii, obiectul reprezentării se poate restrânge sau diversifica, prin atribuțiile impuse în sarcina acestora de către judecătorul-sindic, prin încheiere.

Aceasta înseamnă că, sub aspectul formei, suntem în prezența unui contract de reprezentare al cărui obiect nu este consacrat prin intermediul unui singur act juridic, nici măcar a unui act juridic de sine stătător, distinct, astfel încât orice neprevădere a unei atribuții (cu excepția celor care rezultă din lege) de către judecătorul-sindic în cuprinsul încheierii de ședință denotă nestabilirea acesteia în sarcina practicianului în insolvență, neputând fi vorba de vreo sancțiune (de genul nulității, inopozabilității, amenzii etc.).

§4. Administratorul judiciar

35. Plecând de la cele de mai sus, rezultă că administratorului judiciar îi revine un rol important în realizarea procedurii insolvenței, desemnarea acestuia fiind făcută, de regulă, de către judecătorul-sindic prin hotărârea de deschidere a procedurii de insolvență. În acest sens, art. 73 din Codul insolvenței prevede că „prin sentința de deschidere a procedurii generale, judecătorul-sindic desemnează un administrator judiciar provizoriu, iar în cazul deschiderii procedurii simplificate desemnează un lichidator judiciar provizoriu, dispunând efectuarea notificărilor prevăzute la art. 100. Desemnarea se face în potrivit prevederilor art. 45 alin. (1) lit. d) coroborate cu cele ale art. 57 alin. (1). Prevederile art. 60 rămân aplicabile”.

Literatura de specialitate a definit administratorul judiciar ca fiind persoana fizică sau juridică, practician în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnat să exercite atribuțiile prevăzute de art. 20 din Legea nr. 85/2006, modificată, în perioada de observație și pe durata procedurii de reorganizare^[3].

Codul insolvenței nu a modificat semnificativ situația anterior reglementată de Legea nr. 85/2006, art. 57 cuprinzând, în esență, aceleași reguli. Există, totuși, unele aspecte diferite referitoare la *numirea practicianului în insolvență*, cum ar fi, de exemplu, prevederea din alin. (5), potrivit căreia, în orice moment al procedurii, la cererea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, pentru motive bine justificate, judecătorul-sindic poate

^[1] D.D. Moțiu, *Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 88.

^[2] Pentru analiza în detaliu a principalelor atribuții ale administratorului judiciar și, respectiv, ale lichidatorului, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 208 și urm.

^[3] St.D. Cărpănu, *Drept comercial român (...)*, p. 642.

încuviința înlocuirea acestuia, în urma analizei cererii. În acest caz, judecătorul-sindic va desemna un alt administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu, în condițiile prevăzute de art. 45 alin. (1) lit. d) – desemnarea motivată, dintre practicienii în insolvență compatibili care au depus ofertă de servicii în acest sens la dosarul cauzei, sau, în lipsă, din Tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar provizoriu care va administra procedura până la confirmarea ori, după caz, înlocuirea sa de către adunarea creditorilor sau de către creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, fixarea onorariului în conformitate cu criteriile stabilite de legea de organizare a activității practicienilor în insolvență, precum și a atribuțiilor lui pentru această perioadă.

36. De asemenea, s-a reglementat o situație neacoperită de Legea nr. 85/2006 și care vizează ipoteza în care adunarea creditorilor a înlocuit administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, înainte de a-i fi stabilit *onorariul*, stabilindu-se că, pentru activitatea desfășurată până la data înlocuirii, onorariul va fi stabilit de către judecătorul-sindic în conformitate cu criteriile stabilite de O.U.G. nr. 86/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, din suma aprobată urmând să se scadă onorariul aprobat cu titlu provizoriu prin hotărârea judecătorească privind desemnarea, dacă a fost încasat.

În cazul desființării pentru orice motive a hotărârii de deschidere a procedurii, instanța care va desființa hotărârea va decide asupra onorariului practicianului, aplicându-se corespunzător alin. (2) al art. 57 – dacă creditorii, în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, au decis desemnarea administratorului judiciar/lichidator judiciar, căruia i-au stabilit și un onorariu, se va avea în vedere acest onorariu, iar în cazul în care suma respectivă urma să se achite din fondul de lichidare, se va avea în vedere onorariul stabilit pe baza criteriilor prevăzute în O.U.G. nr. 86/2006 –, urmând ca plata acestui onorariu și a cheltuielilor de procedură să fie suportată de pârât sau reclamant, potrivit reglementărilor privitoare la cheltuielile de judecată din Codul de procedură civilă.

În cazul în care adunarea creditorilor confirmă administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, dar nu aprobă oferta de onorariu a acestuia, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea accepta onorariul votat de către creditorii sau va reconvoca adunarea într-un termen de maximum 30 de zile pentru negocierea cu creditorii și discutarea onorariului. În cazul în care nici la această adunare oferta administratorului judiciar/lichidatorului judiciar nu va fi acceptată de către creditorii, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea declara că *se retrage*. În caz de renunțare, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va convoca o nouă adunare în termen de maximum 30 de zile, în vederea desemnării noului administrator judiciar/lichidator judiciar. Dacă în cadrul acestei adunări nu se desemnează un alt administrator judiciar/lichidator judiciar, președintele comitetului creditorilor sau, dacă acesta nu a fost constituit, un creditor desemnat de adunarea creditorilor va solicita judecătorului-sindic desemnarea unui administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu, în termen de maximum 5 zile de la data adunării. Judecătorul-sindic va numi un administrator judiciar/lichidator judiciar provizoriu în termen de 5 zile de la sesizare, în cameră de consiliu, dispozițiile alin. (1) al art. 57 aplicându-se în mod corespunzător.

Așadar, pentru activitatea prestată, administratorul judiciar are dreptul la un onorariu, remunerația sa fiind achitată din averea debitorului insolvent, doar în cazul în care lipsesc disponibilitățile din contul debitorului urmând să fie utilizat fondul de lichidare constituit în condițiile art. 4 din Legea nr. 85/2006, modificată, respectiv art. 39 din Co-

dul insolvenței^[1]. Numai în acest din urmă caz legiuitorul a considerat că se impune ca onorariul practicianului să fie stabilit de către judecătorul-sindic, în rest, singurii care au competență să negocieze și să determine cuantumul remunerației administratorului judiciar sunt creditorii, prin organele lor reprezentative^[2].

Până la apariția O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, legislația în materie nu cuprindea niciun criteriu de stabilire a cuantumului onorariului practicianului, ceea ce a determinat în practică o mare diversitate de soluții (onorarii stabilite pe baza costurilor, onorarii fixate pe baza rezultatelor obținute – așa numitele onorarii de succes, onorarii determinate pe baza unui sistem mixt, onorarii fixe sau onorarii variabile etc.).

Art. 38 alin. (2) din acest act normativ arată că la stabilirea nivelului onorariului practicianului se vor avea în vedere următoarele tipuri de factori care reflectă gradul de complexitate a activității depuse: numărul de salariați ai debitorului, riscul privind conflictele de muncă, cifra de afaceri a debitorului pe ultimii trei ani, valoarea totală a datoriilor și numărul creditorilor, valoarea creanțelor, numărul debitorilor, numărul și complexitatea litigiilor aflate pe rol în care debitorul are calitatea de reclamant și, respectiv, de pârât, valoarea patrimoniului, potrivit evaluării, natura activelor, activitatea pe piață, riscurile legate de conservarea lor, nivelul de lichidități aflate la dispoziția debitorului pentru acoperirea cheltuielilor inițiale de lichidare.

Având în vedere că, potrivit art. 7 din Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 1186 din 11 iulie 2006 privind deschiderea procedurii de reorganizare judiciară și faliment de către organele fiscale competente și propunerile de numire a lichidatorilor^[3], astfel cum acesta a fost modificat prin Ordinul Ministrului Finanțelor Publice nr. 1342 din 11 august 2006^[4], organele fiscale nu puteau accepta ca în cadrul procedurii insolvenței onorariul lunar al administratorului sau al lichidatorului să fie mai mare de 2.000 lei pe lună, iar onorariul de succes să depășească cota de 7% din sumele obținute prin valorificarea bunurilor, exclusiv T.V.A., au existat cazuri în care s-a pus problema posibilității acceptării limitărilor impuse onorariului practicianului în insolvență prin ordinele menționate.

Apreciem că în mod judicios instanțele de judecată^[5] au considerat că, raportat la normele constituționale și cele ale Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative, nu se poate adăuga la lege (*stricto sensu*) prin acte normative cu valoare inferioară (în speță, ordin al unui ministru), neputându-se, astfel,

[1] În legătură cu remunerația practicienilor în insolvență, a se vedea B. Herzog, Onorariul administratorului/ lichidatorului, în Phoenix nr. 1/2002, p. 22-25; A.I. Șarcane, Stabilirea onorariului administratorului judiciar/ lichidator în practica unor instanțe, în Phoenix nr. 3/2003, p. 25-26; D. Marta, Onorariul practicianului în reorganizare și lichidare, în Phoenix nr. 5/2003, p. 10-11; C.B. Nasz, Unele considerații în legătură cu onorariul practicianului în insolvență, în Phoenix nr. 45/2013, p. 26-30.

[2] În același sens, a se vedea A.M. Lupulescu, op. cit., p. 244; sub acest aspect, în practica recentă s-a reținut că instanța nu are nicio posibilitate legală de a cenzura onorariul negociat de lichidatorul judiciar cu creditorii, ci doar în cazurile în care plata acestuia se va face din fondul special de lichidare, judecătorul-sindic, pe baza criteriilor stabilite prin ordonanța privind profesia de practician în insolvență, va stabili cuantumul remunerației – C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 480 din 10 iunie 2008, în B.C.A. nr. 3/2008, p. 23-24.

[3] O.M.F.P. nr. 1186/2006 (M. Of. nr. 632 din 21 iulie 2006) a fost abrogat prin O.M.F.P. nr. 797/2007 (M. Of. nr. 516 din 31 iulie 2007).

[4] O.M.F.P. nr. 1342/2006 (M. Of. nr. 722 din 23 august 2006) abrogat în prezent ca urmare a abrogării actului de bază.

[5] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 550/R din 14 mai 2007, în B.C.A. nr. 3/2007, p. 23-25; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 749 din 19 iunie 2007, nepublicată și C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 725 din 18 iunie 2007, nepublicată; în același sens, a se vedea și C.A. Pitești, dec. civ. nr. 191/R/C din 2 martie 2007, în B.C.A. nr. 2/2007, p. 29-30, precum și C.A. Târgu Mureș, dec. civ. nr. 543/R din 3 mai 2007, în B.C.A. nr. 1/2008, p. 29.

limita sau îngreui prevederile în materie de insolvență privitoare la stabilirea cuantumului remunerației practicianului și că, pe cale de consecință, aceste ordine ale ministrului nu pot fi aplicate în procedurile conduse în conformitate cu legislația insolvenței, ele având valoarea unei reglementări cu caracter intern, prin care se stabilește conduita pe care organele fiscale, atunci când își exercită atribuțiile stabilite în calitate de creditor, trebuie să o adopte.

37. Codul insolvenței, prin dispozițiile art. 58, stabilește că principalele atribuții ale administratorului judiciar sunt următoarele:

a) examinarea situației economice a debitorului și a documentelor depuse potrivit prevederilor art. 67 sau art. 74, după caz, și întocmirea unui raport prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație în cadrul procedurii generale și supunerea aceluiași raport judecătorului-sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 20 de zile de la desemnarea administratorului judiciar;

b) examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea eventualelor indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora le-ar fi imputabilă și cu privire la existența premiselor angajării răspunderii acestora, în condițiile prevederilor art. 169-173, precum și asupra posibilității reale de reorganizare efectivă a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și depunerea la dosarul cauzei, într-un termen stabilit de judecătorul-sindic, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului judiciar;

c) întocmirea actelor prevăzute la art. 67 alin. (1), în cazul în care debitorul nu și-a îndeplinit obligația respectivă înăuntrul termenelor legale, precum și verificarea, corectarea și completarea informațiilor cuprinse în actele respective, când acestea au fost prezentate de debitor;

d) elaborarea planului de reorganizare a activității debitorului, în funcție de cuprinsul raportului prevăzut la lit. a);

e) supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului;

f) conducerea integrală, respectiv în parte, a activității debitorului, în acest ultim caz cu respectarea precizărilor exprese ale judecătorului-sindic cu privire la atribuțiile sale și la condițiile de efectuare a plăților din contul averii debitorului;

g) convocarea, prezidarea și asigurarea secretariatului ședințelor adunării creditorilor sau ale acționarilor, asociaților ori membrilor debitorului persoană juridică;

h) introducerea de acțiuni pentru anularea actelor sau operațiunilor frauduloase ale debitorului, încheiate în dauna drepturilor creditorilor, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial, a unor operațiuni comerciale încheiate de debitor și a constituirii unor garanții acordate de acesta, susceptibile a prejudicia drepturile creditorilor;

i) sesizarea de urgență a judecătorului-sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile de procedură;

j) denunțarea unor contracte încheiate de debitor;

k) verificarea creanțelor și, atunci când este cazul, formularea de obiecțiuni la acestea, notificarea creditorilor în cazul neînscriserii sau înscrierii parțiale a creanțelor, precum și întocmirea tabelelor creanțelor;

l) încasarea creanțelor; urmărirea încasării creanțelor referitoare la bunurile din averea debitorului sau la sumele de bani transferate de către debitor înainte de deschiderea procedurii; formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea creanțelor debitorului, pentru aceasta putând angaja avocați;

m) încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fideiusorilor, renunțarea la garanții reale, cu condiția confirmării acestor operațiuni de către judecătorul-sindic;

n) sesizarea judecătorului-sindic în legătură cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta;

o) inventarierea bunurilor debitorului;

p) dispunerea evaluării bunurilor debitorului, astfel încât aceasta să fie realizată până la data stabilită pentru depunerea tabelului definitiv al creanțelor;

q) transmiterea spre publicare în BPI a unui anunț cu privire la depunerea la dosar a raportului de evaluare, în termen de două zile de la depunere.

De asemenea, judecătorul-sindic poate stabili administratorului judiciar, prin încheiere, orice alte atribuții în afara celor enumerate mai sus, cu excepția celor prevăzute de lege în competența exclusivă a acestuia.

Trebuie menționat, similar situației de reglementare a atribuțiilor judecătorului-sindic, că există în corpul actului normativ și alte reglementări care stabilesc, în mod distinct, alte noi atribuții în sarcina administratorului judiciar, cum ar fi:

- inventarierea bunurilor din averea debitorului în termen de 60 de zile de la data deschiderii procedurii, termen care poate fi prelungit de judecătorul-sindic, pentru motive temeinice – art. 101 alin. (1);

- valorificarea, oricând pe parcursul procedurii, inclusiv în perioada de observație, a bunurilor libere de sarcini, pentru acoperirea cheltuielilor de procedură dacă nu a fost încă desemnat comitetul creditorilor – art. 39 alin. (6);

- publicarea în BPI a anunțului privind depunerea raportului de evaluare, în termen de 2 zile de la depunere – art. 58 alin. (1) lit. q);

- plata sumelor provenite din executări silite finalizate – art. 75 alin. (6) și plata sumelor reprezentând *cash collateral* ori a sumelor aflate în conturi *escrow* – art. 75 alin. (7);

- notificarea furnizorilor de utilități – art. 77 alin. (3);

- posibilitatea invocării prescripției, la momentul verificării creanțelor, fără a mai intra în analiza fondului cererilor de admitere a creanțelor – art. 106 alin. (2);

- posibilitatea invocării compensației, atât în privința creanțelor reciproce, anterioare deschiderii procedurii, cât și a celor ulterioare deschiderii – art. 90 alin. (1) și (2);

- notificarea finanțatorului cu privire la transferul dreptului de proprietate cu privire la bunul obiect al contractului de leasing financiar – art. 105 alin. (4);

- obligativitatea precizării, în rapoartele de activitate, dacă există fonduri pentru plata contractelor menținute – art. 123 alin. (2);

- verificarea cererilor de plată, în perioada de observație/reorganizare, care pot conduce la intrarea în faliment, dacă valoarea trece de valoarea-prag și creanțele nu sunt achitate în termen de 60 de zile, calculat astfel: (i) de la admiterea acestora de către practician sau (ii) de la hotărârea judecătorului-sindic, după caz – art. 75 alin. (3) și (4);

- angajarea de specialiști, cu oferte tehnice și financiare cele mai bune, în domenii obligatorii impuse de lege (arhivare, obligații de mediu, audit), în cazul respingerii în două comitete ale creditorilor a propunerii motivate a practicianului – art. 62 alin. (6);

– solicitarea ca valorificarea bunurilor să se facă potrivit regulilor NCPC, în ipoteza în care, deși a fost aprobat un regulament de vânzare, acesta nu a condus la valorificare într-un termen rezonabil – art. 154 alin. (2).

38. Administratorului judiciar i se conferă, prin art. 61 din Codul insolvenței, posibilitatea de a desemna, în vederea îndeplinirii atribuțiilor sale, *persoane de specialitate*^[1], numirea și nivelul remunerațiilor acestor specialiști fiind supuse aprobării comitetului creditorilor, cu excepția cazului în care se va stabili ca acestea să fie achitate din fondul de lichidare. Astfel, în situația în care remunerațiile persoanelor de specialitate se vor suporta din averea debitorului aflat în insolvență, motivat de faptul că prin aceasta se va ajunge la angajarea unor cheltuieli suplimentare în cadrul procedurii, practicianul trebuie să obțină acordul comitetului creditorilor, atât în ceea ce privește numirea specialiștilor, cât și în privința cuantumului remunerațiilor acestora. Un asemenea acord nu se cere în cazul în care din contul debitorului lipsesc disponibilitățile, ceea ce va determina ca sumele cuvenite persoanelor de specialitate angajate de administratorul judiciar să fie achitate din fondul de lichidare, însă, în această situație, legiuitorul a impus practicianului să obțină aprobarea judecătorului-sindic.

Potrivit art. 61 din Codul insolvenței, „în vederea îndeplinirii atribuțiilor sale, administratorul judiciar va putea desemna persoane de specialitate, precum avocați, experți contabili, evaluatori sau alți specialiști. Numirea și nivelul remunerațiilor acestor persoane vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor în cazul în care acestea vor fi plătite din averea debitoare sau se vor supune standardelor de cost stabilite de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, potrivit prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 86/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care se vor remunera din fondul de lichidare constituit potrivit prevederilor art. 39 alin. (4)”.

De asemenea, considerăm că trebuie menționat în acest context *regimul de protecție* creat în favoarea practicianului în insolvență – fie acesta administrator sau lichidator judiciar – din perspectiva a două aspecte: (i) calitatea sa de reprezentant al debitorului și (ii) modalitatea de exercitare a atribuțiilor în procedură. Astfel, prin dispozițiile art. 57 alin. (11) din Codul insolvenței s-a stabilit o protecție a practicianului față de orice sancțiuni sau plată a unor sume de bani, dacă acestea provin din fapte sau omisiuni imputabile debitorului: „Practicianul în insolvență, în calitatea sa de organ care aplică procedura, nu va putea fi sancționat sau obligat la plata oricăror cheltuieli de judecată, amenzi, daune sau oricăror altor sume, de către instanța de judecată sau de altă autoritate, pentru fapte sau omisiuni imputabile debitorului”.

De asemenea, prin dispozițiile art. 182 alin. (3) din Codul insolvenței a fost reglementată protecția practicianului care acționează cu bună-credință, în limitele atribuțiilor prevăzute de lege și a informațiilor disponibile, pentru (i) actele procesuale efectuate sau (ii) conținutul înscrisurilor întocmite în cadrul procedurii. În caz contrar, alin. (1) și (2) ale aceluiași text normativ constituie sediul general al răspunderii practicianului: „(1) Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate fi tras la răspundere pentru exercitarea atribuțiilor cu rea-credință sau gravă neglijență. Există rea-credință atunci când administratorul judiciar/lichidatorul judiciar încalcă normele de drept material ori procesual, urmărind sau acceptând vătămarea unui interes legitim. Există gravă neglijență

[1] Unii autori numesc aceste persoane de specialitate ca fiind auxiliarii administratorului judiciar – St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român (...)*, p. 646.

atunci când administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu îndeplinește sau îndeplinește defectuos o obligație legală și prin aceasta determină vătămarea unui interes legitim. (2) În afara dispozițiilor alineatului precedent, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate fi tras la răspundere civilă, penală, administrativă sau disciplinară pentru actele efectuate în cursul procedurii, potrivit normelor de drept comun”.

Cazurile de incompatibilitate a profesiei de practician sunt prevăzute de art. 26 din O.U.G. nr. 86/2006, iar cele de abținere în art. 29 din acest act normativ^[1].

39. Una dintre schimbările majore introduse de Codul insolvenței privește *activitatea de supraveghere* a debitorului, exercitată atât în perioada de observație, cât și după confirmarea planului de reorganizare, de către administratorul judiciar, atunci când nu se ridică dreptul de administrare al debitorului.

Legea nr. 85/2006 nu avea prevederi speciale cu privire la supraveghere și nu explicita această atribuție a administratorului judiciar, stabilind doar că una dintre atribuțiile acestuia era supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitoarei.

Evident că, în perioada de reorganizare, administratorul judiciar veghea la îndeplinirea obligațiilor asumate prin plan și avea, în condițiile prevăzute de lege, posibilitatea de a solicita ridicarea dreptului de administrare. În această situație, dacă cererea era admisă, devenea și conducătorul *sui generis* al societății, cu toate atribuțiile rezultate din aceasta.

Foarte mulți practicieni în insolvență și-au exprimat rezerve față de prevederile privind supravegherea din Codul insolvenței, considerând că responsabilitatea administratorului judiciar este mult prea mare și ar fi preferat ca, în continuare, prin supraveghere să se înțeleagă numai gestionarea patrimoniului, fără precizări.

Astfel, fiecare administrator judiciar putea „supraveghea” activitatea debitorului, după cum considera necesar. Totuși, legiuitorul a dorit ca problema supravegherii să fie clarificată și de aceea a definit în cadrul art. 5 pct. 66 în ce anume constă aceasta.

Administratorul judiciar care exercită supravegherea va trebui să analizeze, permanent, activitatea desfășurată de către debitor și să avizeze prealabil atât măsurile patrimoniale, cât și măsurile de restructurare a acesteia.

Practic, înseamnă că nu se vor putea face operațiuni patrimoniale (de exemplu vânzări) sau operațiuni de restructurare (de exemplu reduceri de activitate) fără *avizul prealabil* al administratorului judiciar.

În continuare este explicată modalitatea de avizare, care se bazează pe un raport al administratorului special privind realitatea și oportunitatea operațiunilor. Codul enumerează, exemplificativ, operațiunile ce urmează a fi avizate.

Prima privește plățile efectuate de debitor, care pot fi avizate individual sau pe listă. Alegerea modalității de avizare a plăților va depinde de volumul acestora.

^[1] Potrivit dispozițiilor art. 26 din O.U.G. nr. 86/2006, „(1) Exercitarea profesiei de practician în insolvență este incompatibilă cu: a) activitatea salarizată în cadrul altor profesii, cu excepția celor a căror compatibilitate este prevăzută la alin. (2); b) ocupațiile care lezează demnitatea și independența profesiei sau bunele moravuri; c) lipsa sau limitarea capacității de exercițiu, în cazul persoanei fizice; d) exercitarea calității de notar public sau executor judecătoresc. (2) Exercitarea profesiei de practician în insolvență este compatibilă cu: a) activități și funcții didactice în învățământul superior juridic sau economic; b) calitatea de avocat, expert contabil, contabil autorizat, evaluator, auditor financiar, arbitru, mediator, conciliator, expert financiar și expert tehnic judiciar, care lucrează în interiorul profesiei lor”, iar în conformitate cu art. 29, „în cadrul procedurii insolvenței, practicianul este obligat să se abțină, sub sancțiunea suspendării din profesie, dacă: a) se află în stare de incompatibilitate profesională sau conflict de interese, astfel cum sunt acestea definite în Statut și în Codul de etică profesională; b) se află în unul dintre cazurile prevăzute la art. 27 din Codul de procedură civilă, cu excepția celui prevăzut la art. 27 pct. 7”.

O altă operațiune care trebuie avizată privește încheierea contractelor de orice fel de către debitor, indiferent de calitatea acestuia în cadrul contractului.

De asemenea, administratorul judiciar va aviza „operațiunile juridice” în litigiile în care este implicat debitorul, indiferent de calitatea pe care acesta ar avea-o în cadrul litigiului respectiv.

Nu este suficient de clară noțiunea de „operațiune juridică”. În opinia noastră, se impune o interpretare în sens larg, incluzând atât cererile de chemare în judecată, cât și întâmpinările sau cererile de intervenție.

De asemenea, ar intra în această categorie și tranzacțiile, dar și renunțările la drept sau la judecată.

Sunt supuse avizului și tranzacțiile extraprocesuale inițiate de debitor, precum și situațiile financiare ale debitorului și raportul atașat.

Astfel cum am arătat mai sus, și restructurarea debitorului, dar și contractul colectiv de muncă modificat sunt supuse avizului administratorului judiciar.

În cazul în care este necesară eliberarea unor mandate pentru adunările creditorilor unde debitorul este creditor sau pentru adunările acționarilor la societățile unde acesta este acționar, și conținutul acestora va fi avizat de administratorul judiciar.

Ultima prevedere privește activele imobilizate unde, pe lângă avizul administratorului judiciar, va fi necesară îndeplinirea prevederilor art. 87 alin. (2) și (3), care se referă la situații care depășesc activitatea curentă, sau când este vorba despre înstrăinarea bunurilor grevate de cauze de preferință.

Avizul este, în opinia noastră, unul *conform și obligatoriu* pentru debitor.

Dacă însă administratorul judiciar nu avizează o anumită operațiune, fiind vorba de o măsură a acestuia, poate fi contestată la judecătorul-sindic.

Raportat la toate argumentele de mai sus, credem că supravegherea, astfel cum este clarificată în Codul insolvenței, nu va crea probleme administratorului judiciar și va contribui la o mai bună desfășurare a operațiunilor de administrare judiciară a debitorului.

§5. Lichidatorul judiciar

40. În literatura de specialitate lichidatorul judiciar a fost definit ca fiind persoana fizică sau juridică, practician în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnat să conducă activitatea debitorului și să exercite atribuțiile prevăzute de art. 25 din Legea nr. 85/2006 (în prezent art. 64 din Codul insolvenței – *n.n.*), modificată, în cadrul procedurii falimentului, atât în procedura generală, cât și în procedura simplificată^[1].

Din cuprinsul art. 63 din Codul insolvenței rezultă regula generală, potrivit căreia lichidatorul judiciar este desemnat, tot de către judecătorul-sindic, în momentul în care se dispune trecerea la faliment. Prin alin. (2) al art. 63 legiuitorul a înțeles să precizeze momentul încetării atribuțiilor administratorului judiciar – „atribuțiile administratorului judiciar încetează la momentul stabilirii atribuțiilor lichidatorului de către judecătorul-sindic”. Menționăm acest aspect, deoarece este posibil ca în unele situații debitorul insolvent să intre direct în procedura simplificată, ceea ce exclude *de plano* desemnarea provizorie a unui administrator judiciar, în cauză fiind numit direct un lichidator judiciar.

Totuși, în acele situații în care se va desemna mai întâi un administrator judiciar și abia ulterior un lichidator, legiuitorul a dat posibilitatea atât judecătorului-sindic, cât și creditorilor să numească în calitate de lichidator judiciar administratorul judiciar desem-

^[1] St.D. Cârpenaru, Drept comercial român (...), p. 647; în același sens, I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 230.

nat anterior, aceasta fiind, în opinia noastră, „regula” care ar trebui urmată, excepție făcând doar acele ipoteze în care fie practicianul anterior nu mai este dorit de către creditorii, fie și-a îndeplinit în mod necorespunzător atribuțiile conferite în cadrul procedurii colective, fie chiar el solicită, pentru motive bine fundamentate, înlocuirea, ceea ce poate justifica nemensionarea lui în acel dosar de insolvență.

Având în vedere că alin. (1) al art. 63 din Codul insolvenței se referă la art. 57, art. 59-62 și art. 140 alin. (6), aceste texte de lege vizând aspecte specifice administrativului judiciar privesc la desemnarea sa, întocmirea rapoartelor de activitate, răspunderea practicianului, angajarea unor persoane de specialitate în îndeplinirea atribuțiilor în cadrul procedurii și plata remunerației acestora, facem trimitere la acele dezvoltări, urmând ca în continuare să analizăm care sunt atribuțiile lichidatorului judiciar.

41. Articolul 64 din Codul insolvenței, tot într-o manieră enunțiativă, prevede principiile atribuției ale lichidatorului, și anume:

a) examinarea activității debitorului asupra căruia se inițiază procedura simplificată în raport cu situația de fapt și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă și a existenței premiselor angajării răspunderii acestora în condițiile prevederilor art. 169-173, într-un termen stabilit de judecătorul-sindic, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea lichidatorului judiciar, dacă un raport cu acest obiect nu fusese întocmit anterior de administratorul judiciar;

b) conducerea activității debitorului;

c) introducerea de acțiuni pentru anularea actelor și operațiunilor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial, a unor operațiuni comerciale încheiate de debitor și a constituirii unor cauze de preferință, susceptibile a prejudicia drepturile creditorilor;

d) aplicarea sigiliilor, inventarierea bunurilor și luarea măsurilor corespunzătoare pentru conservarea lor;

e) denunțarea unor contracte încheiate de debitor;

f) verificarea creanțelor și, atunci când este cazul, formularea de obiecțiuni la acestea, notificarea creditorilor în cazul neînscrierii sau înscrierii parțiale a creanțelor, precum și întocmirea tabelelor de creanțe;

g) urmărirea încasării creanțelor din averea debitorului, rezultate din transferul de bunuri sau de sume de bani efectuat de acesta înaintea deschiderii procedurii, încasarea creanțelor; formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea creanțelor debitorului, pentru aceasta putând angaja avocați;

h) primirea plăților pe seama debitorului și consemnarea lor în contul averii debitorului;

i) vânzarea bunurilor din averea debitorului, potrivit prevederilor prezentei legi;

j) sub condiția confirmării de către judecătorul-sindic, încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fideiusrilor, renunțarea la garanții reale;

k) sesizarea judecătorului-sindic cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta;

l) orice alte atribuții stabilite prin încheiere de către judecătorul-sindic.

Din analiza reglementării principalelor atribuții ale lichidatorului se poate observa cu ușurință că unele dintre acestea sunt identice [art. 64 lit. c), e), f), g), j), k) și l)], iar altele

sunt foarte asemănătoare cu cele ale administratorului judiciar [art. 64 lit. a), b) și h)], puține fiind atribuții specifice doar acestui organ al procedurii [art. 64 lit. d) și i)].

Pentru motive temeinice, care – considerăm noi – sunt bazate pe dol sau culpă gravă, judecătorul-sindic are posibilitatea să-l înlocuiască pe lichidatorul judiciar, prin încheiere motivată, în condițiile stabilite de 57 alin. (4) din Codul insolvenței^[1].

Secțiunea a 2-a. Alți participanți la procedura insolvenței

42. În desfășurarea procedurii insolvenței un rol important îl au *adunarea creditorilor* și *comitetul creditorilor*, odată cu apariția Legii nr. 85/2006 fiind amplificate atribuțiile și participarea activă a creditorilor la luarea celor mai importante decizii în derularea procedurii. Alături de aceștia, un anumit rol mai deține și administratorul special, introdus de acest act normativ, care a luat locul adunării generale a membrilor sau asociațiilor/acționarilor și a reprezentantului membrilor sau asociațiilor/acționarilor debitorului persoană juridică.

Codul insolvenței a reușit crearea unui echilibru între interesele debitorului și cele ale creditorilor săi, încercând o armonizare constructivă a acestora, temperând accesul prea facil al debitorului la confirmarea unui plan de reorganizare, precum și tendințele de manipulare a acestor proceduri în detrimentul creditorilor. De asemenea, a fost crescut nivelul de responsabilizare a administratorului special, Codul insolvenței introducând răspunderea acestuia pentru încălcarea limitelor impuse de lege în privința actelor și operațiunilor pe care le poate efectua în procedura insolvenței.

§1. Adunarea creditorilor

43. Participarea activă a creditorilor la procedura insolvenței este unul dintre principiile de bază care guvernează această materie. Adunarea creditorilor este alcătuită din toți creditorii cunoscuți ai debitorului supus procedurii de executare colectivă. Acest organism constituie cadrul juridic în care creditorii discută și aprobă, în condițiile legii, actele și operațiunile privind desfășurarea procedurii insolvenței față de debitorul aflat în insolvență^[2]. Literatura de specialitate a caracterizat adunarea creditorilor ca fiind un organism deliberativ, cu caracter nepermanent și fără personalitate juridică^[3].

Adunarea creditorilor deține un rol major în cadrul procedurii, în special când este chemată să se pronunțe cu privire la propunerea de intrare a debitorului în faliment, în privința metodei de valorificare a bunurilor din averea falitului sau a aprobării reglementului de vânzare sau când analizează raportul final întocmit de lichidator. Toate aceste atribuții conturează importanța adunării creditorilor, entitate a cărei prezență este indispensabilă pentru a conferi procedurii insolvenței nu numai transparență, ci și un real caracter colectiv.

^[1] În legătură cu înlocuirea practicianului în insolvență, a se vedea A. Pușcaș, Înlocuirea administratorului judiciar și a lichidatorului. Responsabilitatea acestora, în Phoenix nr. 5/2003, p. 12 și urm., I. Ștefan, Înlocuirea lichidatorului în procedura falimentului, în R.D.C. nr. 7-8/2005, p. 60 și urm.

^[2] St.D. Cărpănu, Drept comercial român (...), p. 649;

^[3] N. Tândăreanu, Procedura (...), p. 65; A. Capriel, Reorganizarea judiciară și falimentul, ed. a 2-a, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 17; M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure, Reorganizare judiciară. Analiză de legislație și doctrină, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 100; N. Tândăreanu, Adunarea creditorilor și comitetul creditorilor în procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 2/2008, p. 15.

În conformitate cu art. 47 alin. (1) din Codul insolvenței, adunarea creditorilor va fi convocată și prezidată de administratorul judiciar sau, după caz, de lichidatorul judiciar, dacă legea sau judecătorul-sindic nu dispune altfel, secretariatul ședințelor adunării fiind tot în sarcina acestuia. Pentru că este posibil ca, în vederea unei bune administrări a procedurii, practicianul să aibă nevoie de părerea creditorilor, alin. (2) al aceluiași text normativ statuează că creditorii cunoscuți vor fi convocați de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar în toate cazurile prevăzute expres de lege, precum și ori de câte ori este necesar.

Adunarea creditorilor va putea fi convocată și de comitetul creditorilor sau la cererea creditorilor deținând creanțe în valoare de cel puțin 30% din valoarea totală a acestora. În această privință, Codul insolvenței a acoperit o situație nereglementată până în prezent, respectiv aceea în care practicianul, cu rea-credință, refuza să prezideze ședința adunării generale a creditorilor ca urmare a convocării legal făcute de creditorii. Astfel, dacă administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar refuză să prezideze adunarea creditorilor ori nu se prezintă la data și locul convocării, aceasta va fi prezidată de președintele comitetului creditorilor ori, în lipsă, de creditorul care a cerut convocarea, reprezentat sau asistați de un avocat ori de un consilier juridic. În acest caz, convocarea și orice alte documente și informații aferente acesteia vor fi comunicate de urgență administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, iar procesul-verbal întocmit va fi transmis spre publicare în BPI în termen de 3 zile de către persoana care a prezidat adunarea.

Codul insolvenței a venit cu lămuriri suplimentare în privința modalității de convocare a adunării creditorilor, statuând, în alin. (1) al art. 48: „convocarea creditorilor se realizează prin publicare în BPI cu cel puțin 5 zile anterior (s.n.) ținerii ședinței și trebuie să cuprindă ordinea de zi a acesteia. Convocatorul se depune la BPI cu 3 zile înaintea datei la care trebuie efectuată publicarea”. S-a remediat astfel situația în care votul creditorilor nu putea fi un vot informat, pentru că nu exista reglementat un termen minimal, corespunzător unei expectații legitime, în care creditorul să poată analiza și decide în cunoștință de cauză, existând situații în practică în care o adunare a creditorilor era convocată a doua zi ulterior apariției convocatorului în BPI.

Convocatorul trebuie să cuprindă ordinea de zi a ședinței pentru ca cei convocați să aibă cunoștință de problemele ce se vor discuta în cadrul adunării și, astfel, să fie în măsură să exprime un vot în deplină cunoștință de cauză. Procedura organizării adunării creditorilor, obiectul dezbaterilor și exercitarea dreptului de vot trebuie să se fundamenteze pe îndeplinirea obligației de informare cu privire la obiectul adunării, lipsa convocării sau chiar convocarea nelegală, nementionarea în convocator a ordinii de zi ori expunerea lacunară a problemelor ce fac obiectul deliberării fiind neregularități care au aptitudinea de a atrage anularea deciziei adoptate.

Obligația de informare a creditorilor din partea celui care are inițiativa convocării respectivei ședințe cu privire la data și ordinea de zi a adunării generale, precum și durata timpului scurs între momentul convocării și cel al ținerii ședinței, care trebuie să fie una rezonabilă, au fost instituite de legiuitor în vederea *protejării consimțământului* creditorilor și acordării posibilității acestora de a-și exercita votul în cunoștință de cauză. Obligația de informare a fost statuată tocmai în scopul de a asigura adoptarea unei decizii care să se fundamenteze pe o cauză licită și să permită identificarea obiectivului urmărit. Voința masei credale se formează în organul deliberativ care este adunarea creditorilor, ca organ colectiv alcătuit din totalitatea creditorilor debitorului aflat sub incidența procedurii insolvenței. Pentru a asigura realizarea rolului pe care adunarea creditorilor îl are

În această procedură, legiuitorul a stabilit că este imperios necesar ca în convocator să fie menționată ordinea de zi a ședinței, formarea corectă a voinței creditorilor fiind indiscutabil legată de respectarea principiilor care guvernează procedura informării.

Încunoștințarea corespunzătoare a creditorilor cu privire la data adunării și asupra ordinii de zi propuse permite reperarea scopului convocării organului deliberativ, a motivului determinant al acestei convocări. Ca organ deliberativ, adunarea creditorilor hotărăște asupra unor probleme ce vizează elemente fundamentale ale derulării procedurii insolvenței, fiind necesar ca decizia acestora să respecte cerințele valabilității *cauzei* din perspectiva prevederilor art. 1179 alin. (1) pct. 4 NCC. Or, informarea necorespunzătoare asupra chestiunilor supuse deliberării și convocarea defectuoasă a creditorilor nu permit identificarea motivului determinant și a obiectivului urmărit la adoptarea deciziei adunării.

Cu toate acestea, credem că sancțiunea care intervine într-un asemenea caz este cea a *nulității relative* și nu a nulității absolute, întrucât norma juridică ocrotește un interes particular – cel al creditorilor –, și nu unul general, numai astfel putând fi explicat faptul că, în situația în care adunarea creditorilor va delibera asupra unei chestiuni necuprinse în convocator, hotărârea nu este lovită de nulitate dacă la ședință participă toți titularii de creanțe și aceștia sunt de acord cu introducerea chestiunii respective pe ordinea de zi a ședinței^[1]. În caz contrar, s-ar putea ajunge la situații inacceptabile, în sensul că, deși un anumit creditor nu a participat la adunarea creditorilor, ședință la care s-au adoptat hotărâri și cu privire la chestiuni care nu au figurat pe ordinea de zi înscrisă în convocator, dar care sunt, în mod evident, în interesul acestuia, nu formulează în instanță cerere de anulare pe motiv de nelegalitate, iar o altă persoană, spre exemplu un alt creditor care a participat la ședință și este nemulțumit de rezultatul votului, să promoveze o asemenea acțiune, care ar trebui să fie admisă.

44. Creditorii pot fi reprezentați în adunare prin împuterniciți cu procură specială autentică sau, în cazul creditorilor bugetari și al celorlalte persoane juridice, cu delegație semnată de conducătorul unității. Dacă legea nu interzice în mod expres, creditorii vor putea vota și prin corespondență. Scrisoarea prin care se exprimă votul, semnată de creditor, sau înscrisul în format electronic, căruia i s-a încorporat, atașat ori asociat semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat valabil, poate fi comunicată prin orice mijloace, până în ziua fixată pentru exprimarea votului, administratorului judiciar/lichidatorului judiciar. Apreciem că în cazul votului dat prin corespondență creditorul respectiv trebuie considerat „prezent” în adunare, iar creanța sa se impune a fi luată în calcul la stabilirea procentului minim de participare^[2].

La *ședințele adunării creditorilor*, salariații debitorului vor putea fi reprezentați de un delegat din rândul acestora, care va vota pentru întreaga valoare a creanțelor reprezentând salariile și alte drepturi bănești ce li se cuvin. Deliberările și hotărârile adunării creditorilor vor fi cuprinse într-un proces-verbal, care va fi semnat de președintele ședinței, membrii comitetului creditorilor, precum și de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, după caz, documentul urmând să fie depus, prin grija practicianului, la dosarul cauzei, în termen de două zile lucrătoare de la data ședinței. În scopul asigurării unei mai bune

^[1] Pentru punctul de vedere că sancțiunea care intervine într-un asemenea caz este cea a nulității absolute, care poate fi invocată de orice creditor sau persoană interesată, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 172.

^[2] În același sens, a se vedea N. Tândăreanu, Adunarea creditorilor (...), p. 17.

transparențe, Codul insolvenței mai prevede că procesul-verbal va fi trimis spre publicare în BPI, în termen de două zile lucrătoare de la data adunării creditorilor.

45. Hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul-sindic pentru motive de nelegalitate (cele de oportunitate neintrând sub cenzura instanței), la solicitarea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor.

Potrivit alin. (7) al art. 48 din Codul insolvenței, „hotărârea adunării creditorilor poate fi anulată de judecătorul-sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor sau ale căror voturi nu au fost consemnate în procesul-verbal întocmit. Hotărârea, cu excepția celei prin care a fost desemnat, poate fi atacată, pentru motive de nelegalitate, și de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar”.

Se poate observa că, pe de o parte, Codul insolvenței înlătură neajunsul reglementării date de Legea nr. 85/2006, conferind legitimitate procesuală activă și creditorilor ale căror voturi nu au fost consemnate în procesul-verbal întocmit, iar pe de altă parte, extinde sfera subiecților care pot formula o cerere de anulare a hotărârilor adunării creditorilor, dând posibilitatea și practicianului în insolvență să promoveze o asemenea acțiune, cu o singură excepție – hotărârea prin care a fost desemnat. Cererea în anulare va fi depusă în termen de 5 zile de la data adunării creditorilor și va fi soluționată în camera de consiliu, cu citarea celui care a introdus-o, a administratorului judiciar sau, după caz, a lichidatorului și a creditorilor.

Anterior, sub imperiul reglementării Legii nr. 85/2006, era obligatorie citarea conform Codului de procedură civilă, ceea ce a creat serioase dificultăți în practică, împietând asupra celerității procedurii colective, motiv pentru care Codul insolvenței a prevăzut că „citarea creditorilor, cu excepția celui care a formulat cererea, și comunicarea actelor către aceștia se vor face prin Buletinul procedurilor de insolvență”. Or, dacă într-un dosar de insolvență exista un număr mare de creditori, în respectarea vechilor dispoziții ale Legii nr. 85/2006, toți aceștia trebuiau să fie citați la soluționarea unei cereri de anulare a unei hotărâri a adunării creditorilor; de multe ori se întâmpla ca una sau mai multe proceduri de citare să nu fie legal îndeplinită, ceea ce impunea amânarea judecății pentru un alt termen, în vederea repetării procedurilor de citare. De altfel, modificarea este justificată și de împrejurarea că, atâta timp cât ceilalți creditori nu au contestat hotărârea adoptată, se poate prezuma că ei fie nu sunt vătămați în drepturile și interesele lor legitime, fie că sunt dezinteresați de soarta procedurii judiciare, în ambele ipoteze nefiind justificată citarea lor individuală, în condițiile Codului de procedură civilă.

Având în vedere că adunarea creditorilor funcționează ca un organ colegial, în cadrul căruia deciziile se adoptă prin vot, legea prevede condițiile de cvorum și majoritate privind desfășurarea ședințelor și adoptarea hotărârilor. Codul insolvenței aduce unele noutăți în ceea ce privește condițiile de cvorum. Astfel, dacă regula în materie rămâne că ședințele adunării creditorilor vor avea loc în prezența titularilor de creanțe însumând cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot asupra averii debitorului, iar deciziile adunării creditorilor se adoptă cu votul favorabil manifestat expres al titularilor majorității, prin valoare, a creanțelor prezente cu drept de vot, alin. (1) al art. 49

precizează că *votul condiționat va fi considerat vot negativ* (pentru a se elimina orice interpretare a unui vot ambiguu, circumstanțial, nu doar pur și simplu).

Potrivit art. 49 alin. (2), calculul valorii totale a creanțelor împotriva averii debitorului pentru determinarea cvorumului de ședință se va determina prin raportare la următoarele criterii:

a) ulterior publicării în BPI a tabelului preliminar și până la publicarea în BPI a tabelului definitiv, valoarea creanțelor verificate și acceptate de administratorul judiciar, astfel cum reiese din cuprinsul tabelului preliminar;

b) ulterior publicării în BPI a tabelului definitiv și până la confirmarea unui plan de reorganizare sau, în cazul neconfirmării planului, până la publicarea tabelului definitiv consolidat, astfel cum reiese din cuprinsul tabelului definitiv;

c) ulterior confirmării planului de reorganizare și până la deschiderea procedurii de faliment, potrivit cuantumului cuprins în programul de plăți, modificat în urma stingerii creanțelor achitate în plan;

d) după deschiderea procedurii de faliment până la publicarea tabelului definitiv consolidat, astfel cum reiese din tabelul definitiv așa cum acesta a fost modificat în urma stingerii creanțelor;

e) ulterior publicării în BPI a tabelului definitiv consolidat, astfel cum reiese din cuprinsul acestuia.

În alin. (3) al aceluiași articol este prevăzută o noutate remarcabilă în această materie. În cazul în care, ulterior adoptării hotărârii adunării creditorilor, se constată prin hotărâre definitivă că votul a fost viciat, prin introducerea sau eliminarea unei creanțe din tabelele prevăzute la alin. (2), adunarea creditorilor se reconvoacă cu aceeași ordine de zi, însă numai în situația în care votul astfel viciat *ar fi putut conduce* la adoptarea unei alte hotărâri (cu alte cuvinte, dacă votul viciat era decisiv sau de natură a influența decizia, ca procent/pondere). În cazul în care noua hotărâre a adunării creditorilor este diferită față de cea inițială, judecătorul-sindic va putea decide desființarea în tot ori în parte a actelor sau operațiunilor încheiate în temeiul hotărârii inițiale.

Aceasta, pentru că au existat situații în practică, când unii administratori judiciari sau lichidatori judiciari, pentru a facilita obținerea din partea creditorilor a unei hotărâri de confirmare a lor în dosarul de insolvență, în mod nelegal și abuziv, cu rea-credință nu treceau unii creditori (pe cei „neprietenoși”) pe tabelului preliminar sau, din contră, treceau pe tabel unii creditori care nu justificau cererea de înscriere, după care convoacă de îndată adunarea generală a creditorilor având ca ordine de zi, printre altele, și confirmarea practicianului desemnat provizoriu de judecătorul-sindic, fiind conștienți de faptul că, deși creditorul în cauză sau un alt creditor formula contestație la tabelul de creanțe, până când ajungea să obțină o soluție favorabilă, trecea o perioadă considerabilă, iar administratorul/lichidatorul judiciar provizoriu era confirmat în această calitate de ceilalți creditori. Or, câtă vreme instanțele de judecată au statuat că, după ce în cadrul primei ședințe sau ulterior, practicianul desemnat provizoriu este confirmat de adunarea generală a creditorilor, nu mai era posibilă aplicarea dispoziției prevăzute de alin. (2) al art. 19 din Legea nr. 85/2006, un practician numit definitiv în cadrul unui dosar de insolvență putând fi înlocuit doar pentru motive temeinice, în condițiile art. 22 din același act normativ, *de lege lata* existau puține șanse ca un asemenea abuz al administratorului judiciar sau al lichidatorului judiciar să fie înlăturat de judecătorul-sindic.

Este de remarcat și caracterul dispozitiv al normei care prevede sancțiunea, și anume „judecătorul-sindic poate decide desființarea, în tot sau în parte”. Cu alte cuvinte,

rațiunea textului are la bază principiul „protecției drepturilor câștigate” și efectivitatea acestora. Astfel, față de posibila existență a unor contractanți de bună-credință, care, fără a cunoaște posibilitatea desființării, de exemplu, a unei măsuri de valorificare, asumă obligații contractuale, s-a lăsat la decizia judecătorului-sindic opțiunea anulării, în tot sau în parte, a respectivei decizii, în funcție de toate aceste elemente.

Tot ca o noutate, la alin. (4) al art. 49 din Codul insolvenței, s-a prevăzut că, în cazurile privind pe creditorii ale căror creanțe au fost stinse total sau parțial se va proceda la o modificare corespunzătoare a tabelului de creanțe, după caz. Odată cu convocatorul adunării creditorilor se va publica și tabelul de creditori actualizat cu sumele stinse în timpul procedurii, deodată cu contestarea procesului-verbal al adunării, creditorii putând contesta, în aceleași termene și condiții, și tabelul astfel publicat.

§2. Comitetul creditorilor

46. Comitetul creditorilor reprezintă o altă modalitate, prevăzută de lege, de apărare a intereselor creditorilor^[1]. Față de legislația anterioară, Codul insolvenței aduce unele lămuriri în privința modului de *desemnare a comitetului creditorilor* prevăzând, în alin. (4) al art. 50, că în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor, aceștia vor putea alege un comitet format din 3 sau 5 creditori, dintre primii 20 de creditori cu drept de vot, dintre cei cu creanțele beneficiind de o cauză de preferință, bugetare și chirografare cele mai mari în ordinea valorii și care se oferă voluntar, selecția fiind efectuată prin întrunirea acestor criterii cumulative pe baza celui mai mare procentaj de vot din valoarea creanțelor prezente, comitetul astfel desemnat urmând să înlocuiască comitetul desemnat anterior de judecătorul-sindic. Este binevenită această precizare legată de modul de alegere a membrilor comitetului creditorilor pentru că nu de puține ori au fost creditori – de regulă cei bugetari –, care susțineau că, raportat la vechea reglementare [art. 16 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, modificată], ei trebuie să facă parte din acest organ colegial, deși nu fuseseră aleși de adunarea creditorilor în acest sens.

Dacă adunarea creditorilor este un organ colectiv cu caracter esențialmente deliberativ, comitetul creditorilor este, în concepția Codului insolvenței, un organ executiv al adunării creditorilor, un organ operativ de lucru^[2], caracter subliniat de împrejurarea că, în conformitate cu prevederile art. 51, această entitate are calitate procesuală de a cere judecătorului-sindic ridicarea dreptului de administrare al debitorului atunci când, după deschiderea procedurii colective, debitorul, păstrându-și dreptul de administrare, nu depune suficiente diligențe sau nu reușește o gestiune eficientă a averii sale sau când lipsește probabilitatea realizării unui plan rațional de activitate. De asemenea, cu autorizarea judecătorului-sindic, comitetul creditorilor poate introduce acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial făcute de debitor în dauna creditorilor, atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de administratorul judiciar sau de lichidator^[3]. La acestea am putea adăuga și prerogativa conferită de art. 169 alin. (2) din Codul insolvenței, referitoare la cererea de angajare a răspunderii patrimoniale personale, este adevărat, exercitabilă prin președintele comitetului. Ca atare, se poate observa că

^[1] Gh. Gheorghiu, *Procedura (...)*, p. 96.

^[2] S-a afirmat că acest organ este, uneori, la cererea judecătorului-sindic, un organ auxiliar al acestuia – M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure, op. cit., p. 101.

^[3] *Ibidem*.

în procedura de insolvență calitate procesuală are comitetul creditorilor și nu adunarea creditorilor, chiar dacă niciunul nu beneficiază de personalitate juridică.

47. Potrivit art. 51 alin. (2) din Codul insolvenței, comitetul creditorilor se întrunește ori de câte ori este necesar, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, după caz, ori la cererea oricărui membru al comitetului. Se observă că, spre deosebire de legislația anterioară, nu se mai prevede obligația comitetului creditorilor de a se întruni lunar, situație oricum inaplicabilă în practică.

Ședințele comitetului vor avea loc în prezența practicianului care, însă, nu are drept de vot cu privire la măsurile întreprinse, conținutul deliberărilor și al hotărârilor adoptate fiind consemnat, pe scurt, într-un proces-verbal. Pentru asigurarea funcționării operative a acestui organ colegial, Codul a prevăzut că atât comunicarea, cât și votul se vor putea efectua prin orice mijloc care asigură transmiterea textului și confirmarea primirii acestuia. Deciziile comitetului creditorilor se iau cu majoritatea simplă din totalul numărului de membri. Ca atare, este de reținut faptul că, spre deosebire de adunarea creditorilor, unde deciziile se iau în raport cu valoarea creanțelor, comitetul adoptă hotărâri cu majoritate în număr.

Cu toate că textul art. 51 din Codul insolvenței nu reglementează condiții de cvorum pentru luarea hotărârilor de către comitetul creditorilor, nu putem fi de acord cu opinia că la actul decizional trebuie să participe toți membrii^[1]. Din punctul nostru de vedere, atâta timp cât legiuitorul nu a impus o asemenea condiție, cerința nu este necesară, în schimb, pentru valabilitatea ședinței comitetului creditorilor se impune prezența unui număr suficient de membri care, în urma votului exprimat, să fi adoptat respectiva hotărâre cu o majoritate simplă din totalul numărului de membri.

48. Sub imperiul reglementării Legii nr. 85/2006, s-a susținut că, dacă un membru al comitetului creditorilor se află, din cauza interesului propriu, în conflict cu interesul concursal al creditorilor participanți la procedură, acesta trebuie să se abțină de la vot, în caz contrar putându-se pune problema antrenării răspunderii sale pentru prejudiciile cauzate, dacă fără votul său decizia respectivă nu ar fi fost aprobată^[2]. De aceea, într-o astfel de situație, majoritatea simplă necesară va viza nu numărul total de membri ai comitetului, ci numărul de membri care nu se află în conflict de interese.

Pentru a elimina orice urmă de îndoială în această privință, Codul insolvenței a reglementat mai judicios, în art. 51 alin. (5), problema *conflictului de interese*. Astfel, dacă un membru al comitetului creditorilor se află, din cauza interesului propriu, în conflict

^[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 78; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 188.

^[2] În același sens, St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 78; chiar dacă soluția nu era prevăzută în mod expres de Legea nr. 85/2006, ea era susținută de sistemul nostru legislativ în situații similare, cum este cazul administratorului care se află în conflict de interese cu interesele societății pe care o gestionează; astfel, art. 144³ din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, prevede următoarele: „(1) Administratorul care are într-o anumită operațiune, direct sau indirect, interese contrare intereselor societății trebuie să îi înștiințeze despre aceasta pe ceilalți administratori și pe cenzori sau auditori interni și să nu ia parte la nicio deliberare privitoare la această operațiune. (2) Aceeași obligație o are administratorul în cazul în care, într-o anumită operațiune, știe că sunt interesate soțul sau soția sa, rudele ori afinii săi până la gradul al IV-lea inclusiv. (3) Dacă prevederile actului constitutiv nu dispun altfel, interdicțiile stabilite la alin. (1) și (2), referitoare la participarea, la deliberarea și la votul administratorilor, nu sunt aplicabile în cazul în care obiectul votului îl constituie: a) oferirea spre subscriere, către un administrator sau către persoanele menționate la alin. (2), de acțiuni sau obligațiuni ale societății; b) acordarea de către administrator sau de persoanele menționate la alin. (2) a unui împrumut ori constituirea unei garanții în favoarea societății. (4) Administratorul care nu a respectat prevederile alin. (1) și (2) răspunde pentru daunele care au rezultat pentru societate”.

de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se va abține de la vot, sub sancțiunea anulării deciziei comitetului creditorilor, dacă fără votul său nu s-ar fi întrunit majoritatea cerută. În astfel de cazuri, anularea deciziei nu exclude răspunderea creditorului demonstrat a se fi aflat în conflict de interese, pentru prejudiciile create averii debitorului printr-o asemenea faptă.

Așadar, similar cu procedura de vot în cadrul adunărilor generale ale asociațiilor sau acționarilor, după caz, și în materie de insolvență a fost reglementat conflictul de interese în care poate să se găsească un membru al comitetului creditorilor cu interesul concursual al celorlalți creditori participanți la procedură. În conformitate cu dispozițiile art. 79 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, „(1) Asociatul care, într-o operațiune determinată, are, pe cont propriu sau pe contul altuia, interese contrare acelorale ale societății, nu poate lua parte la nicio deliberare sau decizie privind această operațiune. (2) Asociatul care contravine dispozițiilor alin. (1) este răspunzător de daunele cauzate societății, dacă, fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută”, iar, potrivit art. 127, „(1) Asociatul care, într-o anumită operațiune, are, fie personal, fie ca mandatar al unei alte persoane, un interes contrar aceluia al societății, va trebui să se abțină de la deliberările privind acea operațiune. (2) Asociatul care contravine acestei dispoziții este răspunzător de daunele produse societății, dacă, fără votul său, nu s-ar fi obținut majoritatea cerută”. Reglementarea se aplică și asociațiilor din societățile în comandită [art. 90 și art. 188 alin. (2)], precum și asociațiilor unei societăți cu răspundere limitată, pentru identitate de rațiune, pe baza principiului că societatea în nume colectiv este dreptul comun în materia societăților cu personalitate juridică, care desfășoară activități cu scop lucrativ.

Se poate observa însă că, deși s-a preluat această instituție a conflictului de interese din dreptul societar, care a fost doar adaptată dreptului insolvenței, sancțiunea prevăzută de lege este una diferită: dacă în Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, este reglementată numai răspunderea asociatului pentru pagubele cauzate societății, în Codul insolvenței s-a prevăzut și sancțiunea *anulării deciziei* comitetului creditorilor, dacă fără votul respectivului creditor nu s-ar fi întrunit majoritatea cerută.

În cazul în care un membru al comitetului creditorilor votează repetat în situație de conflict de interese ori lipsește repetat în mod nejustificat de la ședințele comitetului creditorilor, la cererea oricărui creditor, judecătorul-sindic îl va înlocui pe respectivul membru al comitetului creditorilor, în mod provizoriu, urmând ca adunarea creditorilor să îl confirme pe cel provizoriu sau să aleagă un alt membru, potrivit criteriilor prevăzute de art. 50 alin. (4) din cod.

49. Invalidarea hotărârii comitetului creditorilor mai poate avea loc, în afară de situația încălcării de către un creditor, membru al comitetului, a interdicției de a participa la deliberări și vot, și în cazul în care vreunul dintre creditori, nemulțumit de acțiunile, măsurile și hotărârile luate de comitetul creditorilor, contestă respectiva hotărâre, în fața adunării creditorilor.

Codul insolvenței aduce clarificări în această privință, prevăzând, în art. 51 alin. (6), că împotriva acțiunilor, măsurilor și deciziilor luate de comitetul creditorilor, orice creditor poate formula contestație direct la judecătorul-sindic, în termen de 5 zile de la publicarea procesului-verbal al comitetului creditorilor în BPI (eliminându-se dispozițiile vechii reglementări care trimitea la soluționarea contestației în adunarea creditorilor).

§3. Administratorul special

50. Administratorul special, ca participant la procedura insolvenței, este una din inovațiile aduse de Legea nr. 85/2006, care a înlocuit reprezentantul membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului persoană juridică. Cu toate acestea, trebuie să precizăm că noțiunea de administrator special nu este una străină sistemului nostru legislativ.

Astfel, administratorul special a fost reglementat pentru prima dată prin O.U.G. nr. 137/2001^[1] pentru modificarea și completarea Legii bancare nr. 58/1998^[2], iar ulterior, prin Legea nr. 503/2004^[3], instituția a fost introdusă și în domeniul asigurărilor. Înlocuirea adunării generale a membrilor sau asociaților/acționarilor și a reprezentantului membrilor sau asociaților/acționarilor debitorului persoană juridică cu un administrator special a reprezentat un pas înainte în legislația insolvenței, eliminând, astfel, problemele apărute în practică atunci când debitorul era reprezentat de fostul administrator, iar organele statutare de către o altă persoană, fizică sau juridică.

În vederea *desemnării administratorului special* adunarea generală a acționarilor, asociaților sau membrilor persoanei juridice va fi convocată de administratorul judiciar ori de lichidatorul judiciar, în termen de maximum 10 de zile de la notificarea deschiderii procedurii de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar provizoriu. Dacă adunarea asociaților/acționarilor nu desemnează un administrator special, debitorului i se va ridica dreptul de administrare, dacă acesta nu a fost deja ridicat, iar debitorul, respectiv asociații/acționarii sunt decăzuți din drepturile recunoscute de procedură și care sunt exercitate prin administrator special. Dacă un administrator special nu a fost desemnat, pentru soluționarea acțiunilor prevăzute la art. 84 și de art. 117-122 din Codul insolvenței, debitorul va fi reprezentat de un curator special^[4] desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exercițiul funcțiunii la data deschiderii procedurii, desemnarea urmând a fi făcută de către judecătorul-sindic, în camera de consiliu, fără citirea părților. În cazul în care, ulterior, adunarea asociaților/acționarilor alege un administrator special, acesta va prelua procedura în stadiul în care se găsește la data desemnării.

Cu toate că legea prevede că desemnarea administratorului special se face de către adunarea generală a acționarilor, asociaților sau membrilor persoanei juridice, în urma convocării acesteia de către practician (art. 53), considerăm și noi că această normă nu poate îngredi dreptul acționarilor/asociaților sau al administratorilor sociali ai debito-

^[1] M. Of. nr. 671 din 24 octombrie 2001.

^[2] Legea nr. 58/1998, republicată (M. Of. nr. 78 din 24 ianuarie 2005), a fost abrogată prin O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului (M. Of. nr. 1027 din 27 decembrie 2006).

^[3] Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări a fost publicată în M. Of. nr. 1193 din 14 decembrie 2004, iar după mai multe modificări a fost republicată în M. Of. nr. 453 din 23 iulie 2013.

^[4] Noul Cod de procedură civilă, în art. 58, prevede că, „(1) În caz de urgență, dacă persoana fizică lipsită de capacitatea de exercițiu a drepturilor civile nu are reprezentant legal, instanța, la cererea părții interesate, va numi un curator special, care să o reprezinte până la numirea reprezentantului legal, potrivit legii. De asemenea, instanța va numi un curator special în caz de conflict de interese între reprezentantul legal și cel reprezentat sau când o persoană juridică ori o entitate dintre cele prevăzute la art. 56 alin. (2), chemată să stea în judecată, nu are reprezentant. (2) Dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător și persoanelor cu capacitate de exercițiu restrânsă. (3) Numirea acestor curatori se va face de instanța care judecă procesul, dintre avocații anume desemnați în acest scop de barou pentru fiecare instanță judecătorească. Curatorul special are toate drepturile și obligațiile prevăzute de lege pentru reprezentantul legal. (4) Remunerarea provizorie a curatorului astfel numit se fixează de instanță, prin încheiere, stabilindu-se totodată și modalitatea de plată. La cererea curatorului, odată cu încetarea calității sale, ținându-se seama de activitatea desfășurată, remunerația va putea fi majorată”.

ruului de a convoca din proprie inițiativă adunarea, dat fiind faptul că rolul principal al administratorului special este de a le reprezenta interesele^[1]. În caz contrar, drepturile asociaților/acționarilor de a-și apăra interesele în cadrul procedurii insolvenței, precum și ale debitorului în perioada de observație, până la ridicarea dreptului de administrare, ar fi îngădite, mai ales în acele situații în care practicianul desemnat ar rămâne în pasi-vitate și nu ar convoca, în termenul prevăzut de lege, adunarea generală a acționarilor, asociaților sau membrilor persoanei juridice.

Deoarece legiuitorul nu a arătat nimic în privința persoanei fizice sau juridice care urmează a fi desemnată în această calitate, în acord cu punctele de vedere exprimate în doctrină^[2], apreciem că poate fi desemnat ca administrator special chiar un administrator al debitorului. În mod just în literatura de specialitate s-a arătat că, deși legea insolvenței nu prevede în mod expres, persoana juridică aleasă administrator special va trebui să-și numească o persoană fizică care să participe la procedura colectivă, susținerea fundamentându-se pe rațiuni de ordin practic, pentru o mai bună administrare a justiției, coroborat și cu principiul celerității^[3]. De asemenea, tot în „tăcerea” legii, considerăm că administratorul special va fi desemnat de adunarea generală cu *votul majorității acționarilor*, asociaților sau membrilor persoanei juridice prezenți la ședință, această desemnare neputând fi legal calificată ca o modificare a actelor constitutive ca să poată atrage un cvorum deliberativ special^[4].

51. Natura raporturilor juridice dintre administratorul special și, după caz, debitorul supus procedurii insolvenței sau acționarii, asociații ori membrii persoanei juridice sunt cele specifice mandatului, însuși legiuitorul, prin alin. (1) al art. 18 din Legea nr. 85/2006, modificată, făcând referire la „mandatul administratorului special”^[5].

Sfera de competență a acestui participant diferă în funcție de stadiul procedurii în care se află debitorul, respectiv dacă acesta este sau nu în procedura falimentului (cele anterioare intrării în faliment sunt enumerate de literele a)-e), iar restul sunt specifice falimentului). Potrivit art. 56 din Codul insolvenței, *atribuțiile administratorului special* sunt următoarele:

- a) participă, în calitate de reprezentant al debitorului, la judecarea acțiunilor prevăzute la art. 117-122 ori a celor rezultând din nerespectarea art. 84;
- b) formulează contestații în cadrul procedurii reglementate de prezenta lege;
- c) propune un plan de reorganizare;
- d) administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului, doar în situația în care nu i s-a ridicat debitorului dreptul de administrare;

[1] R. Basaraba, Administratorul special în procedura insolvenței, în Phoenix nr. 23/2008, p. 21.

[2] St.D. Cârpenaru, Drept comercial român (...), p. 654; Gh. Stancu, G. Ungureanu, L'administrateur spécial participant à la procédure de l'insolvabilité, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, p. 550-551.

[3] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 82; Gh. Piperea, Instituția administratorului special în procedurile de insolvență, în Phoenix nr. 25/2008, p. 6.

[4] În același sens, a se vedea St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 82; I. Turcu, Legea procedurii insolvenței (...), p. 155.

[5] Pentru opinii similare, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 190; Gh. Stancu, G. Ungureanu, art. cit., p. 552.

e) după intrarea în faliment, participă la inventar, semnând actul, primește raportul final și situația financiară de închidere și participă la ședința convocată pentru soluționarea obiecțiunilor și aprobarea raportului;

f) primește notificarea închiderii procedurii.

Față de reglementarea anterioară, Codul insolvenței nu vine cu modificări majore în privința atribuțiilor administratorului special, din enumerarea făcută de art. 56 fiind eliminată doar prima îndatorire, referitoare la exprimarea intenției debitorului de a propune un plan de reorganizare, și aceasta întrucât alin. (3) al art. 72 nu mai prevede sancțiunea decăderii debitorului care a formulat o contestație neîntemeiată la cererea introductivă a creditorului, din dreptul de a solicita reorganizarea judiciară.

În conformitate cu art. 54 și art. 55 din cod, mandatul administratorilor statutarî încetează de la data ridicării dreptului de administrare sau de la data desemnării administratorului special, iar încetarea mandatului impune obligația predării gestiunii. O altă modificare adusă de Codul insolvenței vizează faptul că, după deschiderea procedurii și numirea administratorului special, adunarea generală a acționarilor/asociaților își suspendă activitatea și se va putea întruni, *la convocarea administratorului judiciar*, în cazurile exprese și limitativ prevăzute de lege. După ridicarea dreptului de administrare, debitorul este reprezentat de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, care îi conduce și activitatea de afaceri, iar mandatul administratorului special va fi redus la a reprezenta interesele acționarilor/asociaților.

52. De asemenea, Codul insolvenței a prevăzut, pentru prima oară, răspunderea administratorului special în procedura insolvenței. Astfel, art. 84 alin. (2) din Codul insolvenței prevede că: „Administratorul special desemnat într-o procedură de insolvență răspunde pentru încălcarea dispozițiilor art. 87, judecătorul-sindic, la cererea administratorului judiciar, a adunării creditorilor, formulată de președintele comitetului creditorilor sau de un alt creditor desemnat de aceasta, sau la cererea creditorului ce deține 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, putând dispune ca o parte din pasivul astfel produs să fie suportat de către administratorul special, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate”. Din analiza textului normativ se remarcă o simetrie în construcția juridică cu situația răspunderii fostelor organe de conducere/de supraveghere ale debitorului, conform art. 169, și anume limitarea prejudiciului la cel rezultat din legătura de cauzalitate, caracterul integral al răspunderii ș.a.m.d.

În concluzie, putem spune că atribuțiile și răspunderea administratorului special sunt în concordanță cu rolul pe care-l are acesta în cadrul procedurii insolvenței.

CAPITOLUL V. JURISDICȚIA PROCEDURII DE INSOLVENȚĂ

Secțiunea 1. Competența instanțelor de judecată

1. Din analiza textului art. 41 alin. (1) din Codul insolvenței, rezultă atât competența materială, cât și cea teritorială în materia analizată: „Toate procedurile prevăzute de prezentul capitol, cu excepția apelului, sunt de competența tribunalului sau, dacă este cazul, a tribunalului specializat în a cărei circumscripție debitorul și-a avut sediul social/profesional cel puțin 6 luni anterior datei sesizării instanței. Dacă în cadrul tribunalului a fost creată o secție specială de insolvență, acestea îi aparțin competența pentru derularea procedurilor prevăzute de prezenta lege”.

Astfel, *competența materială (ratione materiae)*, care presupune o delimitare a sferei de activitate a instanțelor judecătorești de grad diferit, pe linie verticală, revine în primă instanță tribunalului. Spre deosebire, însă, de Legea nr. 64/1995 în forma ei inițială, când tribunalul avea competența jurisdicțională prin intermediul unui complet de judecată distinct, judecătorul-sindic având mai mult un rol de administrare și de gestiune^[1], în prezent atribuțiile completului au fost preluate de către judecătorul de insolvență, astfel încât, se poate spune că *de lege lata* tribunalul își exercită atribuțiile în materie de insolvență numai prin intermediul unui judecător-sindic.

Articolul 16 din vechiul Cod de procedură civilă stabilea competența jurisdicțională exclusivă a tribunalului în materia insolvenței: „Cererile în materia reorganizării judiciare și a falimentului sunt de competența exclusivă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul principal al debitorului”. De asemenea, potrivit art. 120 din noul Cod de procedură civilă, cererile în materia insolvenței sau concordatului preventiv sunt de competența exclusivă a tribunalului în a cărei circumscripție își are sediul debitorul.

Deoarece procedurile prevăzute de legislația insolvenței aparțin în primă instanță tribunalului și sunt exercitate de un judecător-sindic, uneori în doctrină se vorbește despre „competența materială și teritorială a judecătorului-sindic”, acesta fiind privit ca o „instanță” de sine stătătoare^[2]. Considerăm că această opinie nu are suport legal, pe de o parte, motivat de faptul că instanțele de judecată, ca organe judiciare, sunt cele înființate și determinate ca atare de lege [art. 2 alin. (2) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară^[3]], judecătorul-sindic nereprezentând o instanță din acest punct de vedere. Din contră, potrivit legii [art. 41 alin. (1) din Codul insolvenței], instanța competentă în materia insolvenței este tribunalul în a cărei rază teritorială își are sediul debi-

^[1] De exemplu, judecătorul-sindic aplica sigiliile, inventaria bunurile debitorului, lua măsurile corespunzătoare pentru conservarea lor, stabilea datele ședințelor adunării creditorilor, prezida aceste ședințe, examina creanțele și, atunci când era cazul, formula obiecțiuni la ele etc., toate aceste atribuții trecând ulterior la administratorul judiciar sau la lichidatorul judiciar.

^[2] I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 307; I. Turcu, *Reorganizarea și lichidarea judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 67.

^[3] Potrivit alin. (2) al art. 2 din Legea nr. 304/2004, „justiția se realizează prin următoarele instanțe judecătorești: a) Înalta Curte de Casație și Justiție; b) curți de apel; c) tribunale; d) tribunale specializate; e) instanțe militare; f) judecătorii”.

torul, și nu judecătorul-sindic desemnat în mod aleatoriu în fiecare dosar de insolvență potrivit art. 53 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară^[1]. Pe de altă parte, judecătorul-sindic nu este altceva decât un magistrat căruia i-a fost repartizat un anumit dosar și care are obligația să exercite atribuțiile jurisdicționale stabilite de lege în sarcina sa. Cu alte cuvinte, atribuțiile care revin tribunalului în aplicarea procedurii insolvenței sunt exercitate printr-un judecător-sindic, la fel ca în orice altă materie (civilă, penală, de contencios administrativ, de litigii de muncă și protecție socială etc.) în care judecătorul căruia i-a fost repartizată o anumită cauză exercită atribuțiile jurisdicționale stabilite de lege în competența instanței în care el activează, neputându-se vorbi despre judecătorul „civilist” sau cel „penalist” ca o instanță distinctă.

Tot în legătură cu competența materială, literatura de specialitate^[2] a arătat că prevederile legale ce o reglementează sunt *imperative*, de strictă interpretare, astfel că, fie și în ipoteza în care o cerere de deschidere a procedurii insolvenței formulată de un creditor este accesorie unei cereri principale, datorită caracterului imperativ al normei, competența de soluționare aparține în exclusivitate tribunalului și nu altor instanțe cărora le-ar reveni competența dacă nu ar exista acest impediment peste care nu se poate trece. De exemplu, în ipoteza în care reclamantul formulează o acțiune civilă în pretenții împotriva pârâtului pentru plata unei sume (50.000 lei), iar în subsidiar solicită deschiderea procedurii insolvenței, chiar dacă judecătoria ar fi competentă într-o astfel de situație datorită cuantumului sumei (criteriul valoric), competența de judecată nu ar reveni judecătoriei, ci exclusiv tribunalului, datorită naturii juridice a cererii de deschidere a procedurii colective căreia îi sunt aplicabile dispozițiile acestui act normativ. Dacă judecata s-ar desfășura în fața judecătoriei s-ar încălca o normă de ordine publică, deci, imperativă, astfel că judecarea împreună a celor două capete de cerere este posibilă doar atunci când nu se încălcă asemenea norme în materie de competență.

Trebuie să precizăm faptul că prorogarea legală de competență este posibilă nu numai atunci când nu se încălcă norme imperative de competență, iar condiția este că nu poate opera o astfel de prorogare, întrucât în analiză apare o competență generală stabilită prin norme *imperative*, și anume competența exclusivă în materie de insolvență.

2. Delimitarea competenței instanțelor judecătorești pe linie verticală nu este suficientă pentru ca persoanele interesate – debitor aflat în stare de insolvență sau de insolvență iminentă, creditor care deține o creanță certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile într-un cuantum ce atinge valoarea-prag instituită de lege, precum și alte persoane sau instituții prevăzute expres de lege – să știe cărui tribunal trebuie să se adreseze cu o cerere de deschidere a procedurii concursuale, pentru că, în afara Înaltei Curți de Casație și Justiție care este una singură și, deci, cu competență teritorială pentru întreaga țară, dar care nu are atribuții în aplicarea acestei proceduri, celelalte instanțe cu competență în respectiva materie – tribunale și curți de apel – sunt limitate la circumscripția teritorială a unităților administrative care le sunt arondate. De aceea, se impune ca și instanțele de același grad să fie delimitate din punctul de vedere al competenței lor (pe linie orizontală), lucru care se poate face numai prin intermediul *normelor de competență teritorială*, pentru că, deși, potrivit art. 41 alin. (1), toate procedurile prevăzute de Codul

^[1] Art. 53 din Legea nr. 304/2004 statuează că „(1) Repartizarea cauzelor pe complete de judecată se face în mod aleatoriu, în sistem informatizat. (2) Cauzele repartizate unui complet de judecată nu pot fi trecute altui complet decât în condițiile prevăzute de lege”.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 140-141.

insolvenței, cu excepția apelului, sunt de competența tribunalului, nu înseamnă că orice tribunal din România are căderea de a soluționa un anumit dosar de insolvență.

Și în ceea ce privește *competența teritorială (ratione personae vel loci)*, tot art. 41 alin. (1) este cel care ne oferă criteriile de determinare, și anume tribunalul în a cărui rază teritorială își are sediul social/profesional debitorul. Potrivit alin. (2) al aceluiași articol, sediul social/profesional al debitorului este cel cu care figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor și fundațiilor. Apreciem că o asemenea manieră de reglementare – având la bază un criteriu unitar, atât pentru profesionistul persoană fizică supus obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale, cât și pentru debitorii persoane juridice – este una mai precisă.

Noțiunea de „*sediul social/profesional*” este astfel stabilită pentru a se distinge de noțiunea „*sediului principal*”, care se aplică exclusiv în situația insolvențelor cu element de extraneitate. În conformitate cu art. 5 pct. 7 din Codul insolvenței, *centrul principalelor interese ale debitorului*, în situația procedurii de insolvență cu element de extraneitate, este, până la proba contrarie, după caz: a) sediul social al persoanei juridice; b) sediul profesional al persoanei fizice care exercită o activitate economică sau o profesiune independentă; c) domiciliul persoanei fizice care nu exercită o activitate economică sau o profesiune independentă, iar *sediul principal* este, potrivit art. 5 pct. 58 din același act normativ, în situația procedurii de insolvență cu element de extraneitate, locul în care se află, într-un mod verificabil de către terți, centrul principal de conducere, supraveghere și de gestiune a activității statutare a persoanei juridice, chiar dacă hotărârile organului de conducere respectiv sunt adoptate potrivit directivelor transmise de membri, acționari sau asociați din alte state.

3. Norma de competență teritorială în materie de insolvență este *imperativă*, ea reglementând unul dintre cazurile de competență exclusivă, ceea ce presupune că excepția de necompetență teritorială poate fi invocată nu numai de partea interesată, ci și ridicată din oficiu de către judecător, fiind cunoscut faptul că, în ceea ce privește normele de competență absolută, instanța însăși este datoare să facă verificări în legătură cu acest aspect și, în cazul în care constată că nu ea este cea competentă, după punerea excepției în discuția contradictorie a părților, are obligația să-și decline competența în favoarea instanței legal competente.

În acest sens, art. 131 NCPC prevede că, la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe, judecătorul este obligat, din oficiu, să verifice și să stabilească dacă instanța sesizată este competentă general, material și teritorial să judece pricina, consemnând în cuprinsul încheierii de ședință temeiurile de drept pentru care constată competența instanței sesizate, această încheiere având caracter interlocutoriu. În mod excepțional, în cazul în care pentru stabilirea competenței sunt necesare lămuriri ori probe suplimentare, judecătorul va pune această chestiune în discuția părților și va acorda un singur termen în acest scop.

Potrivit art. 129 din același cod, necompetența este de *ordine publică* sau *privată*. Necompetența este de ordine publică: 1) în cazul încălcării competenței generale, când procesul nu este de competența instanțelor judecătorești; 2) în cazul încălcării competenței materiale, când procesul este de competența unei instanțe de alt grad; 3) în cazul încălcării competenței teritoriale exclusive, când procesul este de competența

unei alte instanțe de același grad și părțile nu o pot înlătura, în toate celelalte cazuri, necompetența fiind de ordine privată.

Dacă sub imperiul vechiului Cod de procedură civilă necompetența absolută putea fi ridicată pe tot parcursul desfășurării procesului, atât în fața primei instanțe, cât și în fața instanței de recurs, caracterul imperativ al normelor de competență absolută justificând posibilitatea invocării excepției direct în recurs, chiar dacă ea nu a format obiect de discuție în primă instanță, prin noul Cod de procedură civilă au fost operate unele modificări în această privință. Astfel, necompetența *generală* a instanțelor judecătorești poate fi invocată de părți ori de către judecător în orice stare a pricinii. Necompetența *materială* și *teritorială* de ordine publică trebuie invocată de părți ori de către judecător la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe. Necompetența de ordine privată poate fi invocată doar de către pârât prin întâmpinare sau, dacă întâmpinarea nu este obligatorie, cel mai târziu la primul termen de judecată la care părțile sunt legal citate în fața primei instanțe. Dacă necompetența nu este de ordine publică, partea care a făcut cererea la o instanță incompetentă nu va putea cere declararea necompetenței.

4. În urma unei analize comparative între fostele prevederi ale Codului comercial în materie de faliment și cele ale Codului insolvenței se poate constata că noua reglementare a revenit – în ceea ce privește societățile – la soluția consacrată de art. 866 C. com., care avea următorul cuprins: „falimentul unei societăți comerciale se declară de tribunalul comercial în jurisdicțiunea căruia societatea își are sediul ei”, legiuitorul având în vedere sediul statutar al persoanei juridice, cu excepția cazului în care sediul era *fictiv*, situație în care competența aparținea tribunalului sediului *real*^[1]. Această regulă se justifică prin aceea că administrarea dosarului de faliment era mai ușor de făcut în localitatea unde debitorul falit avea principala așezare comercială, prezumându-se că aici se găseau și cele mai multe și mai importante activități și active ale sale.

Determinarea tribunalului competent, din punct de vedere teritorial, să soluționeze o cerere de deschidere a procedurii colective față de un anumit debitor a ridicat anumite probleme în reglementările anterioare ale procedurii insolvenței, în acele situații în care, după ivirea stării de insolvență sau a celei de insolvență iminentă, debitorul își muta sediul în circumscripția teritorială a altui tribunal pe motiv că tocmai atunci se impune ca centrul activității sale comerciale și de administrare a societății să fie deplasat în alt județ. Și în literatura de specialitate s-a pus problema determinării competenței teritoriale în cazul în care, după deschiderea procedurii, debitorul își mută sediul într-o localitate care se află în jurisdicțiunea altui tribunal^[2].

Cele două ipoteze de mai sus nu sunt identice, întrucât în primul caz instanța nu a deschis încă procedura de insolvență față de debitor, ci doar, cel mult, a fost învestită cu o cerere în acest sens, în timp ce în a doua situație se presupune că judecătorul-sindic a

[1] M. Pașcanu, Drept falimentar român, Ed. Chemarea, București, 1926, p. 617; pentru o decizie de speță, a se vedea Cas. fr. req. 7 martie 1923, Sirey, 1923, în Codul comercial adnotat, G.T. Ionescu, I. Vasilescu Nottara, Codul comercial adnotat, Ed. Ancora S. Benvenisti & Co., București, 1927, p. 439, prin care s-a reținut că dacă sediul statutar nu constituie o realitate, întrucât centrul activității sociale se găsește în altă parte, unde se fac operațiunile sociale, unde se găsește totalitatea activului, sediul statutar sau nominal nu leagă competența, care se va stabili în mod exclusiv după cel real.

[2] I. Turcu, Legea procedurii insolvenței – comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 68-70; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 142; St.D. Cărpenu, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței – Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 47-48.

soluționat cererea introductivă și a pronunțat deja sentința de declanșare a procedurii colective, precizarea fiind necesară deoarece în unele lucrări de specialitate se face o confuzie între aceste două situații^[1].

Codul insolvenței reglementează ambele ipoteze, tranșând astfel controversile apărute în literatura juridică în materia insolvenței. Pentru prima ipoteză – debitorul își mută sediul în circumscripția altui tribunal după ivirea stării de insolvență sau a celei de insolvență iminentă, dar înainte de pronunțarea hotărârii de declanșare a procedurii (așa-numita „delocalizare a sediului” sau „forum shopping local”) – Codul insolvenței are prevederi clare, conținute de art. 41 alin. (2): „În cazul în care sediul a fost schimbat cu mai puțin de 6 luni anterior depunerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, sediul principal al debitorului este cel cu care acesta figura la registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor și fundațiilor înainte de schimbare”.

Așadar, schimbarea sediului profesionistului ce urmează a fi supus procedurii insolvenței nu are niciun efect asupra competenței teritoriale a instanței judecătorești, dacă survine într-o perioadă de până la 6 luni anterior depunerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței. Observăm că textul de lege nu face distincție după cum cererea este formulată de creditori sau de către debitor, așadar nu are nicio importanță, în privința competenței teritoriale a instanței, cine formulează cererea de deschidere a insolvenței.

În cazul în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de către debitor în condițiile art. 66 și urm. din Codul insolvenței, este de presupus faptul că acesta își cunoaște cel mai bine situația economică precară în care a ajuns, fiind puțin probabil ca, prin mutarea sediului social în alt județ, să reușească să se redreseze datorită existenței unor condiții mai bune de exercitare a obiectului de activitate. Mai mult decât atât, o asemenea schimbare de sediu nici nu se justifică în condițiile în care legea îi oferă cadrul juridic necesar pentru a putea să-și înființeze dezmembrăminte cu sau fără personalitate juridică (filiale ori sucursale sau puncte de lucru) și astfel să poată să-și desfășoare activitatea comercială în orice regiune a țării. S-a considerat astfel că, procedând de o asemenea manieră, debitorul procedează la un „forum shopping local”, adică o „căutare” a unei jurisdicții mai favorabile, prin transpunerea sensului noțiunii de „forum shopping” al insolvenței transfrontaliere.

Și în cazul în care cererea introductivă a fost formulată de creditori, în conformitate cu prevederile art. 70 din Codul insolvenței, orice tentativă de schimbare a sediului de către debitor nu poate avea vreo justificare rezonabilă, atât pentru considerentele de mai sus, cât și datorită faptului că, de regulă, debitorii fac orice este posibil pentru a zădărnici eforturile întreprinse de creditori în vederea recuperării creanțelor deținute și a reuși să-și ascundă în vreun fel bunurile deținute.

Nu în ultimul rând, trebuie avut în vedere că în județul în care se află sediul debitorului se găsesc înregistrate și principalele evidențe financiar-contabile ale acestuia (la administrația financiară teritorială, la oficiul registrului comerțului din respectivul județ etc.), precum și eventualele referințe cu privire la activitatea desfășurată în perioada anterioară intrării în incapacitate de plată, toate aceste informații fiind extrem de valoroase atât pentru creditori, cât și pentru o mai bună administrare a dosarului de insolvență.

În ceea ce privește a doua ipoteză – debitorul își schimbă sediul în raza teritorială a altui tribunal după declanșarea procedurii colective –, doctrina a fost constantă în sensul

[1] A se vedea, în acest sens, I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 142.

că trebuie să se țină cont exclusiv de sediul debitorului la data pronunțării sentinței de deschidere a procedurii, orice mutare de sediu de după acest moment neproducând niciun fel de consecințe juridice din punct de vedere al competenței tribunalului învestit cu judecarea respectivului dosar de insolvență^[1]. De asemenea, jurisprudența a avut aceeași orientare^[2]. În orice caz, pentru a paraliza orice alte eventuale puncte de vedere sau opțiuni, Codul insolvenței a statuat în art. 41 alin. (3), că „tribunalul, legal învestit cu o cerere de deschidere a procedurii insolvenței potrivit alin. (1), rămâne competent să soluționeze cauza, indiferent de schimbările ulterioare de sediu ale debitorului”.

În ambele ipoteze mai sus analizate, de regulă, schimbările de sediu ale debitorilor nu urmăresc altceva decât să îngreuneze administrarea dosarului de insolvență, fie prin tergiversarea procedurii^[3], fie prin tentative de risipire a puținelor elemente de activ care mai există în averea falitului, ca o consecință a mutării lor, urmare a schimbării sediului social.

Secțiunea a 2-a. Procedura de judecată

5. Sub imperiul primei reglementări în materia insolvenței din perioada postrevoluționară – art. 7 din Legea nr. 64/1995, republicată – *citarea părților*, precum și comunicarea sau notificarea oricărui alt act de procedură se făceau, de regulă, în condițiile prevăzute de art. 85-94 din vechiul Cod de procedură civilă, numai prin excepție îndeplinirea acestor acte putându-se face prin publicitate, în cazurile expres prevăzute de actul normativ menționat.

Legea nr. 85/2006 a marcat momentul instituirii unor noi reguli de procedură, punându-se foarte mult accentul pe folosirea BPI, a cărui menire era și este în continuare aceea de a asigura desfășurarea cu celeritate a procedurii de insolvență, garanție a respectării principiului consacrat prin art. 5 alin. (2) al acelui act normativ.

Această orientare este menținută și în Codul insolvenței. Astfel, potrivit textului art. 42 alin. (1) din Codul insolvenței, „citarea părților, precum și comunicarea oricărui act de procedură se efectuează prin BPI”^[4]. Conținutul BPI este alcătuit din următoarele tipuri de acte: citații, convocări, notificări, comunicări, hotărâri pronunțate de instanțele judecătorești care aplică procedura insolvenței, precum și alte categorii de acte. Informația este structurată atât pe județe și pe debitori, cât și pe organe care aplică procedura și pe categorii de acte. Dat fiind faptul că informațiile referitoare la debitori cuprind denumirea acestora, codul unic de înregistrare și numărul de ordine din registrul comerțului, iar cele privitoare la organe menționează instanța, judecătorul-sindic, admi-

^[1] St.D. Cârpenaru, *Drept comercial român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 637; St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 47-49; R. Bujan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 113; I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 68; I. Turcu, *Tratat de insolvență (...)*, p. 307; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 142.

^[2] C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 442 din 2 noiembrie 1999, în B.J. C.P.J. 1999, Ed. Lumina Lex, București, p. 422-424.

^[3] Pentru o analiză a abuzului de drept procesual în materie de insolvență, a se vedea Gh. Piperea, *Procedura insolvenței ca proces civil – partea a II-a*, în R.R.D.A. nr. 2/2007, p. 15-20.

^[4] Potrivit art. 5 pct. 6 din Codul insolvenței, „Buletinul procedurilor de insolvență, denumit în continuare BPI, este publicația editată de Oficiul Național al Registrului Comerțului, care are drept scop publicarea citațiilor, convocărilor, notificărilor și comunicărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar după deschiderea procedurii de insolvență prevăzute de prezenta lege, precum și a altor acte care, potrivit legii, trebuie publicate”.

nistratorul judiciar/lichidatorul judiciar, în buletin fiind publicate și toate documentele ce însoțesc actele de procedură enumerate mai sus, credem că identificarea oricărui dosar de insolvență se poate realiza cu destulă ușurință.

Formatul și conținutul-cadru al actelor și al dovezilor de comunicare a fost stabilit atât pentru a asigura o aplicare uniformă a legislației specifice (critică cuprinsă, de altfel, chiar în Raportul Comisiei Europene cu privire la progresele înregistrate de România în cursul anului 2004 în vederea aderării la Uniunea Europeană), cât și pentru a ușura activitatea instanțelor, aspecte care nu pot fi negate.

Este de reținut faptul că citarea privește numai părțile, nu și pe alți participanți la procedură, ceea ce reliefează distincția care trebuie făcută între noțiunile de „parte” și cea de „participant”. Acest aspect este întărit de prevederile alin. (2) al art. 42, conform cărora „în procedurile contencioase reglementate de prezenta lege vor fi citate în calitate de părți numai persoanele ale căror drepturi sau interese sunt supuse spre soluționare judecătorească, în condiții de contradictorialitate. În toate celelalte cazuri se aplică dispozițiile din Codul de procedură civilă referitoare la procedura necontencioasă, în măsura în care nu contravin unor dispoziții exprese prevăzute de prezenta lege”. Dat fiind faptul că textul nu precizează care dintre normele Codului insolvenței sunt de procedură contencioasă și care de procedură grațioasă, ci doar face trimitere la dispozițiile Codului de procedură civilă privitoare la procedurile necontencioase – art. 527-540 –, este necesar ca fiecare prevedere legală în materie de insolvență să fie analizată în parte și în funcție de rezultatul obținut prin aplicarea criteriilor vizând delimitarea celor două proceduri judiciare să se facă încadrarea acestora în una sau în cealaltă dintre proceduri.

6. Codul de procedură civilă prevede în art. 527 că „cererile pentru soluționarea cărora este nevoie de intervenția instanței, fără însă a se urmări stabilirea unui drept potrivit față de o altă persoană, precum sunt cele privitoare la darea autorizațiilor judecătorești sau la luarea unor măsuri legale de supraveghere, ocrotire ori asigurare, sunt supuse dispozițiilor prezentei cărți”. Procedura necontencioasă, numită și grațioasă sau voluntară, spre deosebire de cea contencioasă, se caracterizează prin inexistența unui conflict de interese și, ca atare, inexistența unui litigiu. Dacă s-ar naște un astfel de conflict între părțile în cauză, procedura necontencioasă s-ar încheia, art. 531 din Codul de procedură civilă statuând că dacă cererea, prin însuși cuprinsul ei ori prin obiecțiile ridicate de persoanele citate sau care intervin, prezintă caracter contencios, instanța o va respinge.

De asemenea, întrucât judecătorul nu soluționează un litigiu, nu judecă propriu-zis nimic, nu se poate vorbi de puterea de lucru judecat a hotărârii pronunțate, contradictorialitatea nefuncționând în această materie, de principiu, părțile, dacă sunt mai multe, fiind de acord cu măsura solicitată, citarea lor având loc numai dacă se impune pentru a da explicații suplimentare instanței de judecată. Nu în ultimul rând, deoarece procedura necontencioasă nu este un proces între părți cu interese contradictorii, legea este mai puțin exigentă în privința conținutului cererilor, potrivit art. 530 NCPC, fiind suficient a se menționa numele, prenumele și domiciliul sau, după caz, denumirea și sediul celui care o face și, după împrejurări, ale persoanelor pe care acesta cere să fie chemate înaintea instanței, obiectul, motivarea acestora și semnătura.

În ciuda faptului că, în prezent, procedura grațioasă are o sferă destul de restrânsă de aplicare, ea prezintă, totuși, utilitate practică prin aceea că permite adoptarea unor măsuri într-un timp relativ scurt și cu formalități sumare, care nu presupun cheltuieli

mari. Încheierea pronunțată cu privire la o cerere întemeiată pe dispozițiile art. 527-540 NCPC, chiar dacă nu are autoritate de lucru judecat, leagă instanța în măsura în care starea de fapt rămâne neschimbată, ea dobândind caracter executoriu și fiind supusă numai apelului, cu excepția celei pronunțate de un complet al Înaltei Curți de Casație și Justiție, care este definitivă^[1].

Doctrina^[2] a apreciat că aparțin *procedurii necontencioase* următoarele norme: cele privind desemnarea provizorie a practicianului în insolvență și confirmarea, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar desemnat de adunarea creditorilor sau de creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor, în prezent prevăzute de art. 45 lit. d) și e) din Codul insolvenței; cele privind confirmarea planului de reorganizare, în prezent prevăzute de art. 45 lit. k); cele privind soluționarea cererii de întrerupere a procedurii de reorganizare judiciară și de intrare în faliment, în prezent prevăzute de art. 45 lit. l); cele privind pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii, în prezent prevăzute de art. 45 lit. q); cele privind comunicarea către alte instanțe judecătorești a hotărârii de deschidere a procedurii de insolvență, în prezent prevăzute de art. 76 din Codul insolvenței.

De asemenea, considerăm că hotărârea de închidere a procedurii, indiferent de cazul concret și de articolul în temeiul căruia se va pronunța această măsură, trebuie să fie dată numai cu citarea tuturor părților implicate în procedură, altfel neputându-se asigura respectarea a două dintre principiile fundamentale ale procesului civil român – principiul garantării dreptului la apărare și principiul contradictorialității –, în condițiile în care prin această hotărâre judecătorul-sindic, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, precum și toate persoanele care i-au asistat, sunt descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditori, titulari de garanții, acționari sau asociați.

7. Anterior începerii procedurii, comunicarea actelor de procedură se face potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă. De asemenea, potrivit art. 42 alin. (3), coroborat cu art. 99 alin. (1) din Codul insolvenței, *notificarea deschiderii procedurii insolvenței* se va face către creditori, debitor și oficiul registrului comerțului sau, după caz, registrul societăților agricole ori alte registre potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, publicându-se totodată, conform prevederilor art. 99 alin. (3), într-un ziar de largă circulație și în BPI. Excepție de la această notificare vor face doar creditorii ce nu au putut fi identificați și debitorii al căror sediu nu este cunoscut, pentru care notificarea se va face numai prin BPI și într-un ziar de largă circulație.

Se poate observa, așadar, că legea instituie măsuri deosebite pentru ca părțile implicate în procedura insolvenței, respectiv debitorii și creditorii, să se bucure de o informare corectă a situației lor juridice, inclusiv prin notificarea potrivit regulilor de drept

^[1] În acest sens, art. 534 NCPC prevede că „(1) Încheierea prin care se încuviințează cererea este *executorie*. (2) Încheierea prevăzută la alin. (1) este supusă *numai apelului (s.n.)*, cu excepția celei pronunțate de un complet al Înaltei Curți de Casație și Justiție, care este definitivă. (3) Termenul de apel va curge de la pronunțare, pentru cei care au fost prezenți la ultima ședință de judecată, și de la comunicare, pentru cei care au lipsit. (4) Apelul poate fi făcut de orice persoană interesată, chiar dacă nu a fost citată la soluționarea cererii, termenul de apel curgând de la data la care a luat cunoștință de încheiere, dar nu mai târziu de un an de la data pronunțării. (5) Apelul se judecă în camera de consiliu”; totuși, unii autori, sub imperiul vechiului Cod de procedură civilă, când o asemenea încheiere era supusă doar căii extraordinare de atac a recursului, arătau că hotărârea este supusă căilor de atac ordinare și extraordinare, apelul și recursul fiind judecate în camera de consiliu – *I. Turcu, Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 78.

^[2] *I. Turcu, Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 78.

comun, astfel încât, ulterior deschiderii procedurii, aceștia să-și poată exercita dreptul la apărare și dreptul la un proces echitabil. Faptul că, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, persoanele notificate vor fi citate și li se vor comunica actele de procedură prin intermediul BPI, nu poate fi privit ca aducând atingere dreptului la apărare. Astfel, potrivit art. 126 alin. (2) din Constituție, legiuitorul se bucură de atributul exclusiv de a stabili normele de procedură, putând să instituie prevederi speciale, derogatorii de la dreptul comun, în vederea unor situații specifice. Ca atare, prevederile art. 42 alin. (1) din Codul insolvenței își găsesc justificarea în specificul procedurii insolvenței, care presupune un număr foarte mare de părți și o mare diversitate de acte procedurale de natură să îngreuneze mult desfășurarea procedurii, și apare ca o măsură specială prin care se asigură soluționarea cu celeritate a cauzelor.

Prin Decizia nr. 1137/2007 a Curții Constituționale^[1] s-au analizat vechile dispoziții ale art. 7 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 din perspectiva exercitării dreptului la apărare și a existenței dreptului la un proces echitabil, iar întrucât vechile dispoziții ale acestei legi sunt reluate și de Codul insolvenței, considerentele instanței de contencios constituțional sunt în egală măsură valabile și astăzi. Autorii excepției au arătat că art. 7 din Legea nr. 85/2006 este contrar dreptului de acces liber la justiție și dreptului la un proces echitabil, întrucât impune unei persoane fizice, care nu are calitatea de comerciant, obligația de a se abona la BPI și de a urmări toate numerele acestui buletin pentru a vedea dacă a fost acționat în justiție de o terță persoană. Această sarcină o consideră a fi excesivă, în contradicție cu ideea de inviolabilitate a proprietății, nejustificată de protejarea unui interes legitim și nepăstrând un just echilibru între interesele generale ale societății și interesele particulare ale individului.

De asemenea, autorii excepției au ridicat și problema dacă aceste norme speciale de procedură sunt în măsură să asigure exercitarea dreptului la apărare și dreptul la un proces echitabil și pentru acele persoane împotriva cărora se vor formula acțiuni ulterior deschiderii procedurii insolvenței și ale căror drepturi și interese vor fi supuse spre soluționare judecătorului-sindic. Este, spre exemplu, situația persoanelor a căror răspundere poate fi angajată, potrivit art. 138 din Legea nr. 85/2006, pentru cauzarea stării de insolvență a debitorului și care pot fi atât membri ai organelor de supraveghere sau de conducere a societății, cât și alte persoane, precum și situația unor terți dobânditori ai unor bunuri sau valori ale debitorului, potrivit art. 80 din aceeași lege, terți care pot fi de rea-credință sau de bună-credință. Din redactarea art. 7 alin. (1) și (3) din Legea nr. 85/2006 rezultă că aceste persoane vor fi citate prin intermediul BPI, fără nicio comunicare prealabilă a actelor de procedură potrivit Codului de procedură civilă.

Curtea Constituțională a observat că aceste persoane pot avea sau nu calitatea de comerciant, astfel că nu se poate justifica obligația tuturor acestora de a urmări BPI doar pentru simplul motiv că au încheiat un act juridic cu o persoană care poate fi supusă procedurii insolvenței, cerința textului de lege fiind excesivă în acest caz. Încălcarea dreptului la apărare este cu atât mai evidentă cu cât în cazul debitorilor și creditorilor legea instituie trei modalități de notificare a deschiderii procedurii, inclusiv potrivit Codului de procedură civilă.

Curtea a mai reținut că instituirea unor proceduri speciale, ținând cont de specificul procedurii, nu poate fi privită ca aducând atingere dreptului la apărare sau dreptului la un proces echitabil. Cu toate acestea, în măsura în care realizarea drepturilor constituționale

[1] M. Of. nr. 31 din 15 ianuarie 2008.

este condiționată de existența unor cerințe excesive, nejustificate în mod obiectiv sau rațional, respectivele norme de procedură sunt neconstituționale, încălcând în egală măsură dreptul la apărare și prevederile art. 53 din Constituție, referitor la restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți.

S-a reținut că, din punct de vedere material, publicarea în BPI este similară publicării actului de procedură într-un ziar de largă circulație sau în Monitorul Oficial al României potrivit alin. (2) al art. 95 din (vechiul – *n.n.*) Cod de procedură civilă^[1], în ambele cazuri legiuitorul prezumând că mijloacele respective pot constitui o sursă de informare suficient de generală pentru a fi accesibilă persoanelor vizate. Totuși, instanța de contencios constituțional a apreciat că *publicarea doar prin buletin este valabilă și suficientă numai dacă este îndeplinită condiția unei prime comunicări către persoanele împotriva cărora se vor formula acțiuni ulterior deschiderii procedurii insolvenței și potrivit Codului de procedură civilă*. De asemenea, trebuie să menționăm faptul că decizia de neconstituționalitate a vizat doar dispozițiile din lege care au ca obiect de reglementare actele de procedură în primă instanță, iar nu și prevederile referitoare la citarea în calea de atac.

8. Ca o consecință a pronunțării respectivei decizii de neconstituționalitate, în legislația insolvenței, începând cu O.U.G. nr. 173/2008^[2] și continuând cu Codul insolvenței, s-au introdus *excepțiile de la regula citării prin BPI* și anume: alin. (3) al art. 42 din Codul insolvenței, care prevede că „prin excepție de la prevederile alin. (1), comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă”, iar alin. (4) prevede că „prin excepție de la prevederile alin. (1), prima citare și comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se introduce o acțiune, în temeiul dispozițiilor prezentei legi, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă și prin BPI”.

Jurisprudența Curții Constituționale a fost menținută și prin Decizia nr. 283 din 21 mai 2014^[3], care, soluționând obiecția de neconstituționalitate formulată de un grup de parlamentari, cu privire la mai multe articole din Codul insolvenței, a reținut că accesul la justiție și exercitarea dreptului la apărare nu sunt drepturi absolute, legiuitorul putând să prevadă anumite *condiționări* în vederea unei bune administrări a justiției, condiționări ce pot îmbrăca și forma unor obligații de ordin financiar. În mod evident, aceste condiționări trebuie să-și găsească o justificare rezonabilă și proporțională cu obiectivul propus și să nu ducă la imposibilitatea de exercitare efectivă a drepturilor fundamentale mai sus menționate. Curtea a constatat astfel că citarea și comunicarea actelor prin intermediul BPI își găsesc justificarea în însuși specificul acestei proceduri și au drept scop asigurarea desfășurării cu celeritate a acesteia. Obligațiile corelative ce decurg pentru părți în acest caz nu pot fi privite ca aducând o restrângere a dreptului de proprietate ori a dreptului la apărare, atât timp cât părțile au posibilitatea, pe de o parte, să participe la termenele fixate de judecătorul-sindic și să consulte dosarul în vederea cunoașterii tuturor actelor de procedură depuse la acesta, iar, pe de altă parte, au posibilitatea de a solicita în cadrul cheltuielilor de judecată toate sumele avansate în vederea realizării

[1] În conformitate cu acest text, „citarea prin publicitate se face afișându-se citația la ușa instanței. Citația se publică și în Monitorul Oficial al României sau într-un ziar mai răspândit, în cazurile în care președintele tribunalului sau completului de judecată apreciază că o asemenea măsură este necesară”.

[2] M. Of. nr. 792 din 26 noiembrie 2008.

[3] M. Of. nr. 454 din 20 iunie 2014.

drepturilor lor pe calea acestei proceduri, invocând în acest sens dispozițiile Codului de procedură civilă privind cheltuielile de judecată.

9. O altă excepție, care însă privește citarea, convocarea și notificarea pe parcursul întregii proceduri, este prevăzută de teza a II-a a alin. (1) al art. 42, potrivit căreia comunicarea citațiilor, a convocărilor și a notificărilor față de *participanții la proces, al căror sediu, domiciliu sau reședință se află în străinătate*, este supusă dispozițiilor Codului de procedură civilă. Așadar, în cazul participanților la proces care au domiciliul sau sediul în străinătate, procedura de citare, comunicare sau notificare se va îndeplini conform Codului de procedură civilă nu numai pentru prima ocazie, ci pentru *toate ocaziile* când asemenea proceduri trebuie să se îndeplinească față de ei.

În acest sens, art. 42 alin. (1) din Codul insolvenței arată că dispozițiile Codului de procedură civilă se coroborează cu prevederile Regulamentului (CE) nr. 1.346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, cu modificările și completările ulterioare^[1], și ale Regulamentului (CE) nr. 1.393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială („notificarea sau comunicarea actelor”) și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1.348/2000 al Consiliului, după caz^[2].

Trebuie subliniat faptul că de la data aderării României la Uniunea Europeană, în temeiul art. 2 și urm. din Protocolul privind condițiile și aranjamentele referitoare la admiterea Republicii Bulgaria și României în U.E. din Tratatul privind aderarea acestor două țări la Uniunea Europeană^[3], dispozițiile legislației comunitare în materia comunicării actelor judiciare sau extrajudiciare *prevalează*, în relația dintre țara noastră și celelalte state membre, asupra oricăror prevederi cuprinse în tratatele internaționale încheiate de statele membre și, în special, asupra Convenției privind notificarea și comunicarea în străinătate a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială, adoptată la Haga la 15 noiembrie 1965 la care a aderat și România prin Legea nr. 124 din 11 aprilie 2003^[4].

Cu toate acestea, în relația cu alte state rămâne aplicabilă fie Convenția adoptată la Haga la 15 noiembrie 1965^[5] ori Convenția privind procedura civilă adoptată la Haga la

[1] J.O.C.E. nr. L 160 din 30 iunie 2000.

[2] Regulamentul CE nr. 1.393/2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială a fost publicat în J.O.U.E. nr. L 324 din 10 decembrie 2007 și a intrat în vigoare începând cu data de 13 noiembrie 2008.

[3] Tratatul din 25 aprilie 2005 dintre Regatul Belgiei, Republica Cehă, Regatul Danemarcei, Republica Federală Germania, Republica Estonia, Republica Elenă, Regatul Spaniei, Republica Franceză, Irlanda, Republica Italiană, Republica Cipru, Republica Letonia, Republica Lituania, Marele Ducat al Luxemburgului, Republica Ungară, Republica Malta, Regatul Țărilor de Jos, Republica Austria, Republica Polonă, Republica Portugheză, Republica Slovenia, Republica Slovacă, Republica Finlanda, Regatul Suediei, Regatul Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, Republica România la Uniunea Europeană, semnat de România la Luxemburg (M. Of. nr. 465 din 1 iunie 2005).

[4] Legea nr. 124/2003 pentru aderarea României la Convenția privind notificarea și comunicarea în străinătate a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială adoptată la Haga la 15 noiembrie 1965 a fost publicată în M. Of. nr. 265 din 16 aprilie 2003.

[5] Statele parte la Convenția privind notificarea și comunicarea în străinătate a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială, adoptată la Haga la 15 noiembrie 1964 sunt: Argentina, Antigua Barbuda, Bahamas, Barbados, Botswana, Bielorusia, Belgia, Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord, Bulgaria, Canada, China-Hong Kong, China-Macao, Cipru, Cehia, Coreea de Sud, Croația, Danemarca, Egipt, Elveția, Estonia, Finlanda, Franța, Germania, Grecia, Irlanda, Israel, Italia, Japonia, Kuweit, Letonia, Lituania,

1 martie 1954^[1], la care România a aderat prin Decretul nr. 81/1971^[2], care se mai poate aplica cu unele state, precum Armenia, Kârgâzstan, Liban, Surinam, Uzbekistan, Ucraina (până la ratificarea de către acest stat a convenției bilaterale), Macedonia (până la ratificarea de către acest stat a convenției bilaterale), Vatican, fie prevederile convențiilor/tratatelor bilaterale încheiate de România cu state precum Albania, Algeria, China, Coreea de Nord, Cuba, Egipt, Maroc, Republica Populară Mongolă, Moldova, Federația Rusă (prin declarație de succesiune), Serbia și Muntenegru (prin declarație de succesiune) și Tunisia.

În relația dintre România și statele care sunt parte la Convenția privind notificarea și comunicarea în străinătate a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială, adoptată la Haga la 15 noiembrie 1965, dar cu care au fost încheiate și tratate/convenții bilaterale în domeniul asistenței judiciare în materie civilă sau comercială, transmiterea cererilor de asistență judiciară având ca obiect comunicarea/notificarea unor acte judiciare și extrajudiciare se efectuează ori în baza Convenției de la Haga, ori în baza convenției/tratatului bilateral (în funcție de opțiunea statului-parte), dar cu respectarea întocmai a procedurii prevăzute de convenția/tratatul respectiv.

În absența unui instrument juridic bilateral sau multilateral în domeniul asistenței judiciare în materie civilă și comercială (la care România și un alt stat, care nu este membru U.E., să fie părți), actele judiciare sau extrajudiciare emise de autoritățile judiciare române, destinate unor persoane fizice/juridice cu domiciliul/sediul în statul respectiv, sunt transmise de Ministerul Român al Justiției, prin poștă, cu scrisoare recomandată, cu confirmare de primire sau pe cale diplomatică (consulară), în baza curtoaziei internaționale, iar cererile de asistență judiciară, formulate de autorități judiciare străine, având ca obiect comunicarea/notificarea unor acte judiciare sau extrajudiciare unor persoane fizice/juridice cu domiciliul/sediul în România, pot fi transmise spre soluționare Ministerului Român al Justiției, pe cale diplomatică (consulară), situație în care asistența judiciară va fi acordată în baza curtoaziei internaționale, sub rezerva principiului reciprocității, dovada acestuia urmând a fi solicitată Ministerului Justiției, care o va stabili prin consultare cu Ministerul Afacerilor Externe.

După aderarea la Uniunea Europeană, România a aplicat Regulamentul nr. 1.348 din 29 mai 2000 privind comunicarea actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială^[3], iar în prezent aplică Regulamentul CE nr. 1.393/2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială cu statele U.E. (cu excepția Danemarcei), și anume: Austria, Belgia, Bulgaria, Marea Britanie, Cipru, Cehia, Estonia, Finlanda, Franța, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburg, Malta, Olanda, Polonia, Portugalia, Slovacia, Slovenia, Spania, Suedia și Ungaria^[4].

Ca atare, începând cu data de 1 ianuarie 2007, în relația cu celelalte state membre ale Uniunii în domeniul asistenței judiciare în materie civilă și comercială în România

Luxemburg, Malawi, Mexic, Norvegia, Olanda, Pakistan, Polonia, Portugalia, România, Rusia, San Marino, Seychelles, Slovacia, Slovenia, Spania, Sri Lanka, SUA, Suedia, Turcia, Ucraina, Ungaria și Venezuela.

[1] Modalitatea de transmitere a cererilor de asistență judiciară internațională prevăzută de această Convenție este pe cale diplomatică (consulară).

[2] B. Of. nr. 37 din 19 martie 1971.

[3] J.O.C.E. nr. L 160 din 30 iunie 2000.

[4] Pentru dezvoltări, a se vedea C.B. Nász, Regulamentul Consiliului nr. 1348/2000 din 29 mai 2000 privind comunicarea documentelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială. Impactul asupra Codului român de procedură civilă, în R.D.C. nr. 2/2008, p. 38-53.

sunt aplicabile, printre altele, și regulamentele amintite, prevederile acestora prevalând asupra oricăror reglementări interne, știut fiind că regulamentele constituie principalul izvor al dreptului comunitar, prin acestea exprimându-se, îndeosebi, puterea legislativă a Comunităților^[1].

Sentința sau încheierea de deschidere a procedurii colective *nu se va publica în BPI*, ci, pentru a da posibilitatea tuturor părților interesate și care sunt nemulțumite de hotărârea pronunțată de judecătorul-sindic să declare apel împotriva acesteia, ea va fi *comunicată* acestor persoane, numai astfel putându-se verifica dacă partea apelantă a respectat sau nu termenul prevăzut de lege pentru declararea căii de atac. De asemenea, tribunalul va notifica hotărârea de deschidere a procedurii de insolvență atât practicianului desemnat în respectivul dosar, cât și, dacă este cazul, Autorității pentru Supraveghere Financiară, în acele situații în care debitorul este o societate tranzacționată pe o piață reglementată – alin. (5) al art. 42 din Codul insolvenței.

Nu în ultimul rând, pentru că deschiderea procedurii colective față de un debitor este o măsură cu implicații deosebite, prin art. 99 alin. (1) din Codul insolvenței legiuitorul a prevăzut ca administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar să trimită *o notificare tuturor creditorilor* menționați în lista depusă de debitor, fie odată cu cererea sa introductivă, fie ulterior, în termenul stabilit de judecătorul-sindic ori, dacă procedura a fost deschisă la solicitarea creditorilor, de la deschiderea procedurii în condițiile art. 74, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii. Scopul acestor notificări este, pe de o parte, aducerea la cunoștința creditorilor a împrejurării că un debitor al lor a fost supus procedurii insolvenței, și, astfel, singura modalitate de a încerca recuperarea datoriei este aceea de a-și declara creanța și a se înscrie la masa credală. Pe de altă parte, s-a urmărit ca prin înregistrarea mențiunii în registrul de evidență a debitorului să se facă publică deschiderea procedurii concursuale, prin aceasta terții fiind protejați de eventualele acte și operațiuni pe care unii debitori ar încerca să le efectueze.

10. Alineatul (2) al art. 99 arată că dacă creditorii cu sediul sau cu domiciliul în străinătate au reprezentanți în țară, notificarea va fi trimisă acestora din urmă. *Per a contrario*, dacă astfel de creditori nu au reprezentanți în țară, devin incidente prevederile art. 42 alin. (1) teza a II-a, adică ei vor fi notificați la sediul/domiciliul din străinătate, în condițiile Codului de procedură civilă. În toate cazurile, așa cum statuează alin. (3) al art. 99, notificarea deschiderii procedurii de insolvență se va realiza în conformitate cu prevederile Codului de procedură civilă și se va publica, totodată, pe cheltuiala averii debitorului, într-un ziar de largă circulație și în BPI, aceste trei cerințe privind notificarea fiind *cumulative*.

Sub imperiul Legii nr. 85/2006, doctrina a remarcat faptul că teza a II-a a alin. (3) al art. 7 din Legea nr. 85/2006, modificată, conține o dispoziție care se conformează

^[1] În acest sens, a se vedea A. Fuerea, *Drept comunitar al afacerilor*, ed. a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 25 și urm.; art. 288 din T.U.E. (fostul art. 249 din Tratatul C.E.) prevede că „pentru exercitarea competențelor Uniunii, instituțiile adoptă regulamente, directive, decizii, recomandări și avize. Regulamentul are aplicabilitate generală. Acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în fiecare stat membru. Directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele. Decizia este obligatorie în toate elementele sale. În cazul în care se indică destinatarii, decizia este obligatorie numai pentru aceștia. Recomandările și avizele nu sunt obligatorii”.

destul de greu principiului constituțional al liberului acces la justiție și celui al egalității în drepturi^[1]. Potrivit acestei norme „pentru creditorii care nu au putut fi identificați în lista prevăzută la art. 28 alin. (1) lit. c), procedura notificării prevăzute de art. 61 va fi considerată îndeplinită dacă a fost efectuată prin Buletinul procedurilor de insolvență”.

S-a arătat că, raportat la textul citat, este foarte posibil ca unii creditorii, care nu au fost notificați individual la adresa lor, ci doar prin modalitatea publicării în buletin, să piardă termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului. Aceasta, în condițiile în care creditorii cunoscuți sunt notificați în trei modalități: la domiciliul sau sediul lor, conform Codului de procedură civilă, prin BPI și printr-un ziar de largă circulație. Pe de altă parte, nu trebuie omis faptul că acești creditorii nu au nicio culpă, neputându-li-se imputa faptul că nu au urmărit în mod regulat publicația buletinului^[2] sau toate ziarele de largă circulație și, din acest motiv, nu au aflat de notificarea deschiderii procedurii de insolvență față de debitorul lor.

Pentru a asigura un tratament echitabil și creditorilor care nu au putut fi identificați în lista creditorilor, Codul insolvenței conține o prevedere inovativă, la art. 42 alin. (3) teza a II-a: „Creditorii care nu au fost notificați potrivit prevederilor art. 99 alin. (3) sunt considerați de drept în termenul de depunere a cererilor de admitere a creanțelor, prin depunerea unei cereri de admitere la masa credală și vor prelua procedura în stadiul în care se afla în momentul înscrierii lor la masa credală”. Așadar, toți acei creditorii care nu au fost notificați cu privire la deschiderea procedurii insolvenței în toate modalitățile prevăzute de art. 99 alin. (3), sub aspect cumulativ, vor putea formula declarație de creanță în orice moment al procedurii, bineînțeles, până la închiderea acesteia, întrucât textul de lege nu aduce nicio limitare în acest sens. Singura restricție, respectiv singurul inconvenient, este că respectivul creditor va lua procedura în stadiul în care se află.

11. În ceea ce privește *procedura de citare în calea de atac*, Codul insolvenței conține, din nou, o prevedere de noutate, prin dispozițiile art. 43 alin. (2) care prevăd că „(...) citarea apelanților, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a intimaților în apel și comunicarea deciziilor pronunțate se fac prin Buletinul procedurilor de insolvență (...)”.

Potrivit art. 42 alin. (7) din Codul insolvenței, notificările, cu excepția cazului în care sarcina notificării aparține altor organe care aplică procedura, și convocările prevăzute de acest act normativ cad în sarcina administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, după caz, în timp ce obligația îndeplinirii procedurilor de citare și a comunicării actelor de procedură revine instanțelor de judecată.

Dacă pentru înscrierea la masa credală creditorii sunt notificați în condițiile art. 99 din Codul insolvenței, art. 42 alin. (8) prevede o regulă care are scopul de a asigura celeritatea procedurii: creditorii care au înregistrat cereri de admitere a creanțelor sunt prezumați că au în cunoștință termenele prevăzute la art. 100 ori la art. 146 sau art. 147, după caz, și nu vor mai fi citați. În consecință, creditorii care au depus cereri de admitere a creanțelor nu vor mai fi citați în cadrul administrării respectivului dosar de insolvență, fiind prezumați că au cunoștință de termenele pentru verificarea și definitivarea tabelelor de creanțe, termenele pentru înregistrarea, verificarea și definitivarea creanțelor care

[1] A. Fuerea, op. cit., p. 24.

[2] Cu toate acestea, unii autori sunt de părere că în actualul context legislativ este necesară o creștere a responsabilității fiecărui agent economic în sensul de a consulta ritmic BPI pentru a cunoaște dinamica procedurilor de insolvență – a se vedea, în acest sens, I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 146.

vor fi trecute în tabelul definitiv consolidat, precum și de termenele pentru contestarea creanțelor altor creditori.

12. Cum calea ordinară de atac a apelului a fost introdusă în materie de insolvență odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 134/2010, toate hotărârile pronunțate de judecătorul-sindic fiind supuse *numai apelului*, este evident că instanța imediat superioară tribunalului – curtea de apel – este cea care are rolul de instanță de control judiciar. În acest sens, alin. (1) teza întâi și a doua din cadrul art. 43 din Codul insolvenței statuează următoarele: „Curtea de apel va fi instanța de apel pentru hotărârile pronunțate de judecătorul-sindic. Hotărârile curții de apel sunt definitive”, iar potrivit alin. (1) al art. 46, „hotărârile judecătorului-sindic sunt executorii și pot fi atacate, separat, numai cu apel”.

Or, noul Cod de procedură civilă, în art. 483, arată că hotărârile date în apel, cele date, potrivit legii, fără drept de apel, precum și alte hotărâri în cazurile expres prevăzute de lege sunt supuse recursului. Nu sunt supuse recursului hotărârile pronunțate în cererile prevăzute la art. 94 pct. 1 lit. a)-i), în cele privind navigația civilă și activitatea în porturi, conflictele de muncă și de asigurări sociale, în materie de expropriere, în cererile privind repararea prejudiciilor cauzate prin erori judiciare, precum și în alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 500.000 lei inclusiv. De asemenea, nu sunt supuse recursului hotărârile date de instanțele de apel în cazurile în care legea prevede că hotărârile de primă instanță *sunt supuse numai apelului*.

În realitate, cum în mod corect s-a afirmat și în doctrină, competența curții de apel privește toate hotărârile pronunțate de către judecătorul-sindic în cadrul procedurii de insolvență, iar nu numai cele care se referă la principalele atribuții ale acestuia, prevăzute de art. 11 din lege^[1] [în prezent, art. 45 alin. (1) din Codul insolvenței]. De aceea, se impune a fi menționat faptul că hotărârea dată în apel de curtea de apel în materie de insolvență este definitivă, iar un eventual recurs declarat împotriva acestei decizii va fi respins de Înalta Curte de Casație și Justiție^[2] ca inadmisibil, situația fiind similară cu declararea unui nou recurs împotriva deciziei unei curți de apel înainte de data de 15 februarie 2013, așa cum în mod corect s-a reținut și în practica judiciară^[3].

Chiar dacă în textul art. 43 alin. (1) din Codul insolvenței nu se face nicio precizare sub aspectul competenței teritoriale a instanței de apel, din normele de organizare judiciară^[4] rezultă fără dubiu că numai curtea de apel în a cărei circumscripție se găsește tribunalul din care face parte judecătorul-sindic a cărui hotărâre este atacată are căderea de a soluționa apelul declarat de vreo persoană nemulțumită de soluția primei instanțe^[5].

Conform art. 43 alin. (2) din Codul insolvenței, termenul de declarare a apelului este de 7 zile de la comunicarea hotărârii realizată prin publicare în BPI, dacă prin lege nu se prevede altfel, apelul urmând să fie judecat de complete specializate, de urgență. În scopul asigurării celerității procedurii, art. 43 alin. (2) prevede în continuare că, „(...) în

[1] St.D. Cârpenaru, Drept comercial român (...), p. 639.

[2] Alin. (4) al art. 483 NCPC prevede că „în cazurile anume prevăzute de lege, recursul se soluționează de către instanța ierarhic superioară celei care a pronunțat hotărârea atacată”.

[3] A se vedea, în acest sens, I.C.C.J., s. com., dec. nr. 1721 din 15 martie 2005, în B.J. C.D. 2005, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 707-708; I.C.C.J., s. com., dec. nr. 157/2004, în B.J. C.D. 2004, apud I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 149, nota 1.

[4] Respectiv, Anexa nr. 1 a Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară.

[5] Pentru critica adusă unei decizii a C.A. Suceava prin care a fost admis recursul creditorului cu consecința modificării hotărârii tribunalului în sensul respingerii contestației debitorului și deschiderea procedurii de insolvență, iar ulterior trimiterea cauzei la judecătorul-sindic pentru deschiderea procedurii, a se vedea V. Cojocariu, Hotărârile judecătorului-sindic și modificarea acestora în instanța de recurs, în Phoenix nr. 23/2008, p. 24-25.

vederea soluționării apelului, se trimit la curtea de apel, în copie certificată, de grefierul-șef al tribunalului, numai actele care interesează soluționarea căii de atac, selectate de judecătorul-sindic (...).” Aceasta nu înseamnă că instanța de apel va trebui să judece cauza doar pe baza documentelor trimise de tribunal, astfel că, dacă respectivele acte sunt considerate insuficiente, pentru pronunțarea unei soluții legale și temeinice fiind necesare și alte înscrisuri din dosarul de fond, instanța de control judiciar are posibilitatea să pună în vedere părților interesate să le depună în copie certificată sau să le solicite judecătorului-sindic.

Observăm că, spre deosebire de reglementarea anterioară, când singura posibilitate de suplinire a lipsei unor acte care ar fi trebuit selectate de judecătorul-sindic era depunerea în copie certificată de către partea interesată, Codul insolvenței introduce o posibilitate alternativă, și anume solicitarea de către instanța de apel, direct, a documentelor necesare de la judecătorul-sindic, confirmând astfel și orientarea practicii judiciare, în care se conturase o astfel de soluție încă de la aplicarea Legii nr. 64/1995.

În literatura juridică s-a opinat, anterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, dar și anterior intrării în vigoare a Codului insolvenței, că soluția instituită de legiuitor, potrivit căreia pentru judecarea recursului vor fi trimise la curtea de apel, de către judecătorul-sindic, numai acele acte care interesează soluționarea căii de atac, este una care contravine naturii și scopului controlului judiciar^[1]. Afirmatia a fost argumentată prin aceea că, potrivit doctrinei de specialitate, controlul judiciar reprezintă dreptul și obligația pe care le au, în cadrul unui sistem judiciar, instanțele judecătorești superioare de a verifica, în condițiile și cu procedura stabilită de lege, legalitatea și temeinicia soluțiilor pronunțate de instanțele judecătorești inferioare lor și de a casa sau modifica hotărârile greșite sau de a le confirma pe cele care sunt legale și temeinice. Având în vedere această definiție, autorii au apreciat că, prin faptul că legiuitorul insolvenței i-a impus judecătorului-sindic obligația de a selecta numai acele acte care interesează soluționarea căii de atac, controlul judiciar efectuat de instanța superioară este limitat doar la aspectele pe care le învederează părțile prin motivele de recurs. Or, potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006, modificată, dispozițiile acestui act normativ se completau cu cele ale Codului de procedură civilă, ceea ce înseamnă că și în această materie erau aplicabile prevederile art. 304¹ din vechiul cod, conform cărora recursul declarat împotriva unei hotărâri care, potrivit legii, nu poate fi atacată cu apel, nu poate fi limitat la motivele de casare prevăzute de art. 304, instanța putând să examineze cauza sub toate aspectele. În aceste condiții, s-a concluzionat că instanța de recurs nu ar putea să examineze cauza în întregime și nu ar putea să sesizeze toate aspectele pricinii atâta timp cât în fața sa nu au fost aduse decât o parte dintre documentele care alcătuiau dosarul de fond, mai ales când alegerea actelor despre care face vorbire legiuitorul se face „selectiv”, nefiind depuse toate actele care interesează soluționarea căii de atac.

Considerăm că nici sub imperiul Legii nr. 85/2006 și nici în prezent, după intrarea în vigoare a Codului insolvenței, această opinie *nu se poate susține*. Au existat, într-adevăr, multe situații în practică în care documentele selectate de către judecătorul-sindic pentru soluționarea căii de atac au fost incomplete, raportat atât la hotărârea judecătorului-sindic ce fusese atacată, cât și la motivele căii de atac, însă tot legea în vigoare permitea remedierea acestor lipsuri. Astfel, sub imperiul Legii nr. 85/2006, remediul pre-

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 150-151.

văzut de acest act normativ era ca părțile interesate să depună la dosar documentele considerate necesare, în copie certificată.

În condițiile actuale, după înlocuirea căii de atac a recursului cu cea a apelului – cale de atac *comună*, de *reformare și devolutivă* – considerăm că există și mai multe argumente în sprijinul ideii că o asemenea opinie nu se mai poate susține. Scopul avut în vedere de legiuitor prin reglementarea modului de constituire a dosarului de apel – înaintarea în copie certificată de grefierul-șef al tribunalului numai a actelor care interesează soluționarea căii de atac, selectate de judecătorul-sindic – a fost unul justificat și el nu poate duce decât la asigurarea continuității și a celerității procedurii de insolvență, prin aceea că administrarea dosarului de sindic nu va mai fi oprită (întreruptă) ca urmare a înaintării acestuia la curtea de apel.

Hotărârile pronunțate de judecătorul-sindic pot fi atacate numai cu apel, întrucât apelul este o cale de atac ordinară, art. 476 și art. 477 NCPC statuând că: „Art. 476. (1) Apelul exercitat în termen provoacă o nouă judecată asupra fondului, instanța de apel statuând atât în fapt, cât și în drept. (2) În cazul în care apelul nu se motivează ori motivarea apelului sau întâmpinarea nu cuprinde motive, mijloace de apărare sau dovezi noi, instanța de apel se va pronunța, în fond, numai pe baza celor invocate la prima instanță. (3) Prin apel este posibil să nu se solicite judecata în fond sau re judecarea, ci anularea hotărârii de primă instanță și respingerea ori anularea cererii de chemare în judecată ca urmare a invocării unei excepții sau trimiterea dosarului la instanța competentă. Art. 477. (1) Instanța de apel va proceda la re judecarea fondului în limitele stabilite, expres sau implicit, de către apelant, precum și cu privire la soluțiile care sunt dependente de partea din hotărâre care a fost atacată. (2) Devoluțiunea va opera cu privire la întreaga cauză atunci când apelul nu este limitat la anumite soluții din dispozitiv ori atunci când se tinde la anularea hotărârii sau dacă obiectul litigiului este indivizibil”.

13. Pentru soluționarea cererilor, contestațiilor și acțiunilor întemeiate pe dispozițiile Capitolului I – *Dispoziții comune* al Codului insolvenței, cu excepția cererilor de deschidere a procedurii de insolvență ori a altor cazuri în care legea prevede termene speciale, legiuitorul a prevăzut, la art. 41 alin. (4), *termene scurte*, pentru a se asigura soluționarea lor cu celeritate, stabilind că acestea se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă cu privire la judecata în primă instanță, cu mențiunea că termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 15 zile de la comunicare, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul-sindic fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 5 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.

De asemenea, și procedura de soluționare a apelului a fost adaptată aceluiași scop. Conform art. 43 alin. (3) din Codul insolvenței, apelul se judecă potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, cu următoarele derogări: termenul pentru depunerea întâmpinării este de maximum 10 zile de la comunicarea cererii și a motivelor de apel, răspunsul la întâmpinare nu este obligatoriu, iar judecătorul fixează, prin rezoluție, în termen de maximum 3 zile de la data depunerii întâmpinării, primul termen de judecată, care va fi de cel mult 30 de zile de la data rezoluției.

14. În fine, tot în scopul celerității și continuității procedurii, alin. (4) și (5) ale art. 43 statuează că „(4) Prin derogare de la prevederile Codului de procedură civilă, apelul nu suspendă executarea hotărârilor judecătorului-sindic. (5) Următoarele hotărâri ale

judecătorului-sindic vor putea fi suspendate de instanța de apel: a) sentința de deschidere a procedurii insolvenței împotriva debitorului; b) sentința prin care se decide intrarea în procedura simplificată; c) sentința prin care se decide intrarea în faliment; d) sentința de soluționare a contestației la planul de distribuire a fondurilor obținute din lichidare și din încasarea de creanțe; e) sentința de soluționare a contestațiilor împotriva măsurilor administratorului judiciar/lichidatorului judiciar; f) încheierea prin care s-a confirmat practicianul în insolvență; g) încheierea prin care a fost înlocuit practicianul în insolvență; h) sentința prin care s-au soluționat acțiunile în anulare prevăzute de art. 117-122”.

Spre deosebire de reglementarea anterioară, remarcăm faptul că în Codul insolvenței sunt prevăzute mai multe cazuri în care *hotărârile judecătorului-sindic pot fi suspendate* până la soluționarea apelului, valorificându-se astfel nevoia resimțită în practică, sub imperiul Legii nr. 85/2006, de diversificare a posibilităților de suspendare a hotărârilor judecătorului-sindic. De asemenea, se poate observa o orientare spre *securizarea unor etape* în cursul procedurii insolvenței, înainte de a se trece la etapa următoare. Astfel, s-a ales ca în privința unor operațiuni importante ale procedurii insolvenței, cum ar fi intrarea în faliment, distribuirea sumelor obținute din lichidare, măsurile luate de practicianul în insolvență, confirmarea sau schimbarea practicianului în insolvență sau anularea unor acte ale debitorului, instanțele judecătorești să aibă *posibilitatea* de a se pronunța definitiv asupra lor înainte ca ele să fie puse efectiv în practică, din cauza efectelor ireversibile pe care le-ar avea odată puse în practică. Astfel, chiar dacă, în apel, hotărârea judecătorului-sindic este schimbată, însă ea a fost între timp pusă în practică, este posibil să nu se mai poată reveni asupra măsurilor dispuse, cum ar fi, de exemplu, vânzarea unor bunuri, distribuirea unor sume, concedierea unor persoane etc.

Trebuie relevat că dispozițiile Codului insolvenței sunt mai bine corelate cu prevederile noului Cod de procedură civilă, deoarece este cunoscut faptul că actuala reglementare a procedurii civile române reconfirmă cele patru trăsături fundamentale ale apelului, și anume: o cale de atac ordinară, devolutivă, de reformare și suspensivă de executare. Cu toate acestea, caracterul executoriu al hotărârilor tribunalului în materie de insolvență se explică prin necesitatea de a se respecta principiul celerității procedurii și a se asigura continuitatea ei, astfel încât creditorii să-și recupereze creanțele într-un termen cât mai scurt. Acesta este motivul pentru care legiuitorul a considerat că este necesar să consacre caracterul executoriu al tuturor hotărârilor judecătorului-sindic, pentru ca prin punerea lor de îndată în aplicare procedura concursuală să nu suporte sincope, iar scopul declarat al legii – instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență – să fie realizat cât mai repede posibil.

De asemenea, pentru a se evita unele situații de incompatibilitate^[1], la alin. (2) al art. 46 din Codul insolvenței, s-a prevăzut că „dispozițiile art. 42 alin. (1) din Codul de procedură civilă privind incompatibilitatea nu sunt aplicabile judecătorului-sindic care pronunță succesiv hotărâri în același dosar, cu excepția situației rejudicării, după anularea hotărârii în apel”.

15. *Soluțiile pe care le poate pronunța instanța de apel* sunt evocate de art. 480 NCPC, și anume: instanța de apel poate păstra hotărârea atacată, situație în care, după caz, va respinge, va anula apelul ori va constata perimarea lui.

^[1] Pentru detalii, a se vedea B. Diamant, V. Luncean, O problemă în legătură cu incompatibilitatea judecătorului-sindic, în R.D.C. nr. 4/2006, p. 111-117, unde este și publicată *in integrum* în C.A. Alba Iulia, dec. civ. nr. 2124 din 9 noiembrie 2005.

În caz de admitere a apelului, instanța poate anula ori, după caz, schimba în tot sau în parte hotărârea apelată. În cazul în care se constată că, în mod greșit, prima instanță a soluționat procesul fără a intra în judecata fondului ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va judeca procesul, evocând fondul. Cu toate acestea, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare primei instanțe sau altei instanțe egale în grad cu aceasta din aceeași circumscriptie, în cazul în care părțile au solicitat în mod expres luarea acestor măsuri prin cererea de apel ori prin întâmpinare; trimiterea spre rejudecare poate fi dispusă o singură dată în cursul procesului. Dezlegarea dată problemelor de drept de către instanța de apel, precum și necesitatea administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătorii fondului. Dacă instanța de apel stabilește că prima instanță a fost incompetentă, iar incompetența a fost invocată în condițiile legii, va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre judecare instanței competente sau altui organ cu activitate jurisdicțională competent ori, după caz, va respinge cererea ca inadmisibilă. În cazul în care instanța de apel constată că ea are competența să judece în primă instanță, va anula hotărârea atacată și va judeca în fond, pronunțând o hotărâre susceptibilă, după caz, de apel sau recurs. Când se constată că există un alt motiv de nulitate decât cel prevăzut la alin. (5) al art. 480 NCPC, iar prima instanță a judecat în fond, instanța de apel, anulând în tot sau în parte procedura urmată în fața primei instanțe și hotărârea atacată, va reține procesul spre judecare, pronunțând o hotărâre susceptibilă de recurs, dacă este cazul.

16. Mai trebuie subliniat că în faza anterioară declanșării procedurii de insolvență este posibil ca pe rolul instanțelor de judecată să coexiste două sau mai multe dosare având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței față de unul și același debitor, ca urmare a formulării de către persoane diferite (debitor, creditor, instituții abilitate prin lege) a unor cereri introductive. De aceea, pentru a se evita pronunțarea unor soluții contradictorii, toate pricinile trebuie conexe la un singur dosar de insolvență. Legiuitorul, prin alin. (3) și (4) ale art. 70, a reglementat asemenea situații statuând că dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării respectivei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul va verifica, din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol, va dispune conexarea acestora și va stabili îndeplinirea condiției referitoare la cuantumul minim al creanței în raport cu valoarea însumată a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri și cu respectarea valorii-prag prevăzute de lege.

Dacă există o cerere de deschidere a procedurii insolvenței formulată de către debitor și una sau mai multe cereri formulate de creditori, nesoluționate încă, toate cererile de deschidere a procedurii se vor conecta la cererea debitorului. Această prevedere este una logică și absolut normală pentru că, în dosarul care are ca obiect cererea debitorului, acesta recunoaște faptul că se află în stare de insolvență, astfel că orice dovadă în acest sens nu se mai impune a fi administrată, creditorii fiind dispensați de sarcina probei insolvenței debitorului. Mai mult, prin formularea cererii de deschidere a procedurii în temeiul art. 66 din Codul insolvenței, debitorul își îndeplinește obligația impusă în sarcina sa prin această normă – cel aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență, ceea ce permite și analizarea problemei tardivității sau, după caz, a prematurității cererii debitorului, cu consecințe deosebite cu privire la răspunderea sa civilă sau penală.

Dacă, însă, s-a deschis o procedură într-un dosar, celelalte eventuale dosare aflate pe rol, cu același obiect, vor fi conexate la același dosar. De data aceasta, din punctul de vedere al cererii introductive ulterioare, fie și a debitorului, nu mai prezintă nicio importanță la solicitarea cui a fost declanșată procedura insolvenței, esențial fiind numai faptul că într-un anumit dosar judecătorul-sindic deja a pronunțat o hotărâre de deschidere a procedurii colective.

Codul insolvenței, în art. 66 alin. (6)-(8), prevede că, la înregistrarea cererii debitorului, serviciul de registratură va efectua verificări, din oficiu, cu privire la existența pe rol a unor alte cereri de deschidere a procedurii formulate anterior de creditor. În cazul în care sunt înregistrate cereri formulate de creditor, se soluționează cererea debitorului în procedură necontencioasă, prin aceeași încheiere judecătorească dispunând *conexarea cererilor* creditorilor, care în cazul deschiderii procedurii devin declarații de creanță, iar dacă se respinge cererea debitorului, se soluționează potrivit art. 72 și următoarele. Dacă, ulterior înregistrării cererii debitorului, dar înainte de soluționarea acesteia, sunt formulate cereri de deschidere a procedurii de către creditor, acestea se vor înregistra direct la cererea formulată de debitor. În acest scop, serviciul de registratură va efectua verificări, din oficiu, la data înregistrării cererilor și va înregistra cererile la dosarul ce are ca obiect cererea formulată de debitor. În această situație, se va proceda la soluționarea în procedură necontencioasă a cererii debitorului. În cazul admiterii acesteia, cererile creditorilor se vor califica drept declarații de creanță, iar în cazul respingerii sale, se vor soluționa cererile creditorilor, potrivit art. 72 și următoarele. În cazul deschiderii procedurii insolvenței, creanțele ce fac obiectul cererilor de deschidere a procedurii care devin declarații de creanță pot fi actualizate cu accesorii calculate până la data deschiderii procedurii, în termenul legal stabilit pentru declararea creanțelor, potrivit prevederilor art. 102.

CAPITOLUL VI. DESCHIDEREA PROCEDURII INSOLVENȚEI

Secțiunea 1. Considerații introductive

1. Reglementarea dată procedurii de *executare colectivă* prin Cartea a III-a a Codului comercial român din 1887 impunea tribunalului de comerț să-l declare pe *comerciant* în stare de *faliment* atunci când condițiile necesare pentru aceasta erau îndeplinite, fie la cererea unuia dintre creditori, fie pe baza declarației făcute în acest sens de debitor, fie chiar și din oficiu, dacă încetarea plăților era notorie sau dacă rezulta din fapte neîndoioase.

Legea nr. 64/1995, în redactarea sa inițială, nu a înțeles să marcheze începerea sau continuarea procedurii reorganizării sau a lichidării judiciare prin pronunțarea unei hotărâri judecătorești, care intervenea numai în ipoteza în care debitorul contesta cererea creditorilor sau a camerei de comerț și industrie teritoriale, legiuitorul făcând distincție între începerea procedurii și continuarea procedurii. Astfel, procedura începea pe baza unei cereri introductive formulate de debitor, creditori sau de camera de comerț și industrie teritorială, însă ea continua dacă era realizată una dintre următoarele premise: 1) procedura să fi început la solicitarea debitorului; 2) procedura să fi început la cererea creditorilor sau a camerei de comerț și industrie teritorială și debitorul să nu fi contestat, în termenul legal, această cerere; 3) procedura să fi început la solicitarea creditorilor sau a camerei de comerț și industrie teritorială, iar contestația debitorului a fost respinsă^[1].

Abia în urma modificărilor aduse prin Titlul IV al Legii nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice, Legea nr. 64/1995 a prevăzut necesitatea deschiderii procedurii reorganizării judiciare sau a falimentului printr-o hotărâre judecătorească pronunțată de tribunal, printr-un *judecător-sindic*.

Ca orice procedură judecătorească, și procedura insolvenței poate începe numai pe baza unei cereri introduse la instanța competentă de către persoanele cărora legea le recunoaște legitimare procesuală activă în acest sens^[2].

Articolul 26 din Legea nr. 85/2006, modificată, statuează următoarele: „(1) Procedura va începe pe baza unei cereri introduse la tribunal de către debitor sau de către creditori, precum și de orice alte persoane sau instituții prevăzute expres de lege. (2) Autoritatea de Supraveghere Financiară introduce cerere împotriva entităților reglementate și supravegheate de aceasta care, potrivit datelor de care dispune, îndeplinesc criteriile

[1] I. Schiau, Regimul juridic al insolvenței comerciale, Ed. C.H. Beck, București, 2001, p. 98-99; în același sens, a se vedea M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure, Reorganizarea și lichidarea judiciară – Analiză de legislație și doctrină, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 47-48.

[2] Pentru dezvoltări privind mențiunile corespunzătoare deschiderii procedurii care trebuie să fie înregistrate în registrul comerțului, a se vedea T. Prescure, Realizarea opozabilității față de terți a actelor și faptelor care intervin în cadrul procedurilor de reorganizare judiciară și/sau faliment, în condițiile Legii nr. 64/1995 și ale Legii nr. 83/1998, în Phoenix nr. 7/2004, p. 16 și urm.

prevăzute de dispozițiile legale speciale pentru inițierea procedurii prevăzute de prezenta lege”^[1].

Ca atare, se poate spune că sfera persoanelor cărora le este recunoscut dreptul de a sesiza instanța este delimitată prin prevederile legale, fiind exclusă sesizarea din oficiu a tribunalului, cuprinsă în vechea reglementare din Codul comercial^[2].

Codul insolvenței, în art. 65, prevede că „procedura începe pe baza unei cereri introduse la tribunal de către debitor, de către unul sau mai mulți creditori, ori de către persoanele sau instituțiile prevăzute expres de lege. (2) Autoritatea de Supraveghere Financiară introduce cerere împotriva entităților reglementate și supravegheate de aceasta care, potrivit datelor de care dispune, îndeplinesc criteriile prevăzute de dispozițiile legale speciale pentru inițierea procedurii prevăzute de prezenta lege”.

Codul insolvenței arată foarte clar, la art. 66 alin. (1), că debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență^[3], putând să se adreseze tribunalului cu o astfel de cerere și debitorul în cazul căruia apariția stării de insolvență este iminentă [art. 66 alin. (4)]. De asemenea, orice creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței împotriva unui debitor prezumat în insolvență are dreptul de a iniția, la rândul său, o cerere introductivă (art. 70).

Secțiunea a 2-a. Debitorul – subiect pasiv al procedurii de insolvență

2. Potrivit dispozițiilor art. 38 din Codul insolvenței, „(1) *Procedura generală* prevăzută de prezentul capitol se aplică debitorilor prevăzuți la art. 3, cu excepția celor cărora li se aplică procedura simplificată^[4]. (2) *Procedura simplificată* prevăzută de prezentul capitol se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență care se încadrează în una dintre următoarele categorii: a) profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită *profesii liberale*; b) *întreprinderi familiale*, membrii *întreprinderii familiale*; c) debitori care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții: 1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor; 2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; 3. administratorul nu poate fi găsit; 4. Sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului; d) persoane juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive, chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului; e) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția

^[1] Prin O.U.G. nr. 93/2012 a fost înființată Autoritatea de Supraveghere Financiară, care a preluat toate atribuțiile și prerogativele Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare, Comisiei de Supraveghere a Asigurărilor și a Comisiei de Supraveghere a Sistemului de Pensii Private.

^[2] M.N. Costin, A. Miff, *Falimentul. Evoluție și actualitate*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 215.

^[3] În Legea franceză 85-98 din 25 ianuarie 1985 acest termen era de 15 zile [art. 3 alin. (2)], însă Legea de salvare a întreprinderilor nr. 2005-845 din 26 iulie 2005 a creat o procedură care nu așteaptă ca debitorul să înceteze plățile – a se vedea, pentru dezvoltări, M. Jeantin, P. Le Cannu, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2006, p. 147.

^[4] Pentru un studiu doctrinar, a se vedea V. Stoica, G. Ungureanu, *The Categories of Debtors that are Applied the Insolvency Procedure*, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, p. 656-664.

de intrare în faliment; f) orice persoană care desfășoară activități specifice *profesioniștilor*, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate; aplicarea prezentei legi față de aceste persoane nu exclude sancțiunile aplicabile pentru lipsa autorizării sau înregistrării respectivei persoane”.

§1. Profesioniști

3. Potrivit art. 7 din Codul comercial^[1], *comercianții* se împărțeau în două categorii: *comercianții persoane fizice* (comercianții individuali) și societățile comerciale^[2] (comercianții colectivi). Acestea erau principalele categorii de comercianți, dar nu singurele.

Articolul 1 alin. (1) din Legea nr. 26/1990, republicată, cu modificările ulterioare^[3], prevede că, înainte de începerea activității economice, au obligația să ceară înmatricularea sau, după caz, înregistrarea în registrul comerțului următoarele persoane fizice sau juridice: persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, societățile, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societățile cooperativе, organizațiile cooperatiste, societățile europene, societățile cooperativе europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România, precum și alte persoane fizice și juridice prevăzute de lege.

În acest sens putem conchide că sunt *profesioniști* și persoanele fizice și întreprinderile familiale care efectuează în mod obișnuit activități de producție, comerț sau prestări de servicii, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, grupurile europene de interes economic și organizațiile cooperatiste^[4] (devenite, în prezent, ca urmare a apariției Legii nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperăției^[5], societăți cooperativе). Toți aceștia mai dețin obligația, în cursul exercitării activității lor sau la încetarea acesteia, de a solicita înscrierea în același registru a mențiunilor privind actele și faptele a căror înregistrare este prevăzută de lege, fiind scutiți de obligația de înregistrare doar meseriașii și țărani care își desfac produsele din gospodăria proprie.

Codul insolvenței, ținând seama, în mod evident, de noua concepție a legiuitorului român privitoare la unitatea dreptului privat, dispune, în art. 3, că „(1) Procedurile prevăzute de prezenta lege se aplică profesioniștilor, astfel cum sunt definiți la art. 3 alin. (2) din Codul civil, cu excepția celor care exercită profesii liberale, precum și a celor cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor. (2) Procedura prevăzută de prezenta lege se aplică și regiilor autonome. (3) Procedura prevăzută de prezenta lege nu este aplicabilă unităților și instituțiilor de învățământ preuniversitar, universitar și entităților prevăzute la art. 7 din Ordonanța Guvernului nr. 57/2002 privind

[1] În prezent, abrogat prin art. 230 lit. c) din Legea de punere în aplicare a Codului civil nr. 71/2011.

[2] Odată cu intrarea în vigoare a NCPC, sintagma „societate comercială” a fost înlocuită cu termenul de „societate” – potrivit art. 77 din Legea nr. 76/2012, „ori de câte ori prin legi și prin alte acte normative se face trimitere la Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale ori la «societatea comercială/societățile comerciale», după caz, trimiterea se consideră a fi făcută la Legea societăților nr. 31/1990 ori, după caz, la «societatea/societățile reglementată/reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare»”.

[3] Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, publicată în M. Of. nr. 121 din 7 noiembrie 1990, a fost republicată în M. Of. nr. 49 din 4 februarie 1998, suferind, ulterior, mai multe modificări.

[4] Pentru un punct de vedere care consideră că regiile autonome și organizațiile cooperatiste nu au calitatea de comerciant, a se vedea S. Angheni, op. cit., p. 37-38.

[5] Legea nr. 1/2005 a fost republicată în M. Of. nr. 368 din 20 mai 2014.

cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 324/2003, cu modificările și completările ulterioare”.

Articolul 3 NCC, la care face trimitere expresă norma mai sus citată, având titlul marginal „Aplicarea generală a Codului civil”, statuează următoarele: „Dispozițiile prezentului cod se aplică și raporturilor dintre profesioniști, precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil. (2) Sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere. (3) Constituie exploatarea unei întreprinderi exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate ce constă în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ”.

1.1. Societățile

4. Categoria de *profesioniști* cea mai des întâlnită o reprezintă *societățile reglementate de Legea nr. 31/1990*, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Aceasta, întrucât după anul 1990 au fost acordate anumite facilități fiscale (precum exonerarea temporară a societăților nou create de la plata impozitului pe profit) și s-au preluat, din dreptul german și cel francez, reglementările privitoare la societățile cu răspundere limitată, chiar și la cele unipersonale^[1], a căror înființare și funcționare este accesibilă majorității întreprinzătorilor^[2].

Spre deosebire de persoanele fizice, societățile constituite cu respectarea cerințelor Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, anterior datei de 1 octombrie 2011, când a intrat în vigoare noul Cod civil, dobândeau calitatea de comerciant *ab origine*, chiar dacă, în fapt, nu exercitau comerțul pe care și l-au propus asociații care au înființat respectiva persoană juridică. Această calificare, atribuită de legiuitor prin art. 7 din Codul comercial, se explică prin aceea că societățile comerciale se constituiau tocmai în scopul de a desfășura o activitate comercială, ele dobândind personalitate juridică la data înmatriculării în registrul comerțului^[3].

Atâta timp cât dobândirea calității de *comerciant* era independentă de săvârșirea unor fapte obiective de comerț, și pierderea respectivei calități era independentă de această împrejurare, încetarea activității societății comerciale neconducând la încetarea calității sale de comerciant (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem legis solutio esse debet*). Numai încetarea existenței societății, ca persoană juridică, presupunea încetarea calității de *comerciant*.

Deoarece calitatea de comerciant a societății înceta în momentul radierii sale din registrul comerțului, înseamnă că în toată această perioadă persoana juridică putea fi supusă *procedurii de insolvență*, indiferent de forma juridică pe care o îmbrăca societatea comercială: societate în nume colectiv, societate în comandită simplă, societate pe

^[1] În literatura de specialitate s-a apreciat că asemenea societăți constituie, de fapt, un paravan pentru acoperirea afacerilor asociatului, în nume și în interes propriu – Gh. Piperea, în legătură cu aplicabilitatea procedurii reorganizării și lichidării judiciare în unele situații speciale, în R.D.C. nr. 7-8/1996, p. 66.

^[2] Gh. Stancu, G. Ungureanu, Persoane cărora li se aplică procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în R.D.C. nr. 11/2004, p. 71-72; R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed Lumina Lex, București, 2001, p. 70.

^[3] În acest sens, art. 41 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, statuează că „societatea este persoană juridică de la data înmatriculării în registrul comerțului. Înmatricularea se efectuează în termen de 24 de ore de la data pronunțării încheierii judecătorești delegate prin care se autorizează înmatricularea societății”.

acțiuni, societate în comandită pe acțiuni și societate cu răspundere limitată^[1]. De asemenea, puteau fi subiecți ai acestei proceduri societățile comerciale care au luat ființă prin reorganizarea unităților economice de stat în temeiul art. 1, raportat la art. 16 din Legea nr. 15/1990.

Și după intrarea în vigoare a noului Cod civil, societățile constituite în condițiile Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, dobândesc personalitate juridică la data înmatriculării în registrul comerțului, singura diferență fiind aceea că, raportat la dispozițiile art. 3 din Cod, ele sunt considerate a fi profesioniști, întrucât exploatează o întreprindere.

5. Întreprinderea înseamnă o afacere organizată, adică o activitate sistematică de producție, comerț sau de prestări de servicii organizată de un întreprinzător pe risc economic propriu. Din analiza prevederilor art. 3 NCC putem conchide că întreprinderea comercială este o activitate economică, pe care o exercită o persoană fizică sau juridică, în mod sistematic și permanent, pe riscul său, persoană care dobândește prin aceasta calitatea de *profesionist*, al cărui obiect este producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau prestarea unor servicii, cu scopul de a obține un profit. Aceasta, pentru că desfășurarea unei activități organizate, cu caracter profesional, în scopul obținerii profitului, este proprie numai activității comerciale. O întreprindere al cărei scop este obținerea profitului este o întreprindere economică sau comercială, pe când o întreprindere lipsită de scopul obținerii profitului este o întreprindere necomercială, adică o întreprindere civilă.

Cu toate acestea, trebuie să ținem seama de faptul că procedura reglementată de Codul insolvenței se aplică societății, nu și asociațiilor, în concepția Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, asociații nedobândind calitatea de profesioniști prin simpla participare la constituirea unei societăți cu personalitate juridică.

În dreptul francez procedura colectivă se aplică și asociațiilor care au o răspundere nelimitată și solidară (art. L 624-1 din Codul comercial francez), dar nu pe considerentul că aceștia devin comercianți, ci pentru că această extindere este expresia cea mai adecvată a răspunderii nelimitate și solidare a asociațiilor pentru obligațiile sociale^[2].

^[1] În practică, în mod just, s-a reținut că încheierea privind radierea din registrul comerțului a unei societăți comerciale în condițiile reglementate de art. 31 alin. (5) din Legea nr. 359/2004, pronunțată înainte de data soluționării cererii de deschidere a procedurii insolvenței, are drept consecință încetarea societății ca persoană juridică, încetând, astfel, și capacitatea sa procesuală de folosință, în sensul că societatea respectivă nu mai poate avea drepturi și obligații juridice, nu mai deține organe de conducere, astfel încât nu mai poate avea calitatea de subiect al procedurii de insolvență întemeiate pe dispozițiile Legii nr. 85/2006; analiza existenței capacității procesuale de folosință, constând în aptitudinea unei persoane de a avea drepturi și obligații pe plan procesual, reprezintă o condiție obligatorie pe care instanța trebuia să o analizeze la data soluționării cererii introductive; sub același aspect, nu prezintă relevanță juridică faptul că recurenta a investit instanța de judecată cu acțiunea având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței înainte de împlinirea termenului reglementat de art. 31 alin. (3) din Legea nr. 359/2004 atâta timp cât, potrivit principiului disponibilității, specific procesului civil, ea a înțeles să formuleze o cerere de chemare în judecată, iar nu să uzeze de posibilitatea solicitării numirii pozitive, conform reglementării instituite prin alin. (4) al art. 31 din Legea nr. 359/2004, modificată; a se vedea, în acest sens, C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 381 din 13 martie 2007, în Insolvența. Practică judiciară 2007. Legislație comercială 2006-2007. Recursul în interesul legii, Ed. Moroșan, Botoșani, 2007, p. 104-107.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea Y. Guyon, *Droit des affaires*, vol. 2 – *Entreprises en difficultés* – Redressement judiciaire – Faillite, 9^e éd., Ed. Économica, Paris, 2003, p. 122; facem, totuși, precizarea că în concepția tradițională a Codului comercial francez acești asociați deveneau comercianți și, în consecință, li se putea aplica procedura falimentului, iar extensia făcută avea caracter obligatoriu, însă trebuia să fie constatată de instanța de judecată; spre deosebire de asociații din societățile în nume colectiv, care devin comercianți, aso-

În schimb, potrivit art. 68 din Codul insolvenței, „(1) În cazul unei cereri introduse de o societate în nume colectiv sau în comandită, acea cerere nu va fi considerată ca fiind făcută și de asociații cu răspundere nelimitată ori, în condițiile art. 70, și împotriva lor. (2) O cerere introdusă de un asociat cu răspundere nelimitată ori împotriva acestuia pentru datoriile sale va fi fără efecte juridice cu privire la societatea în nume colectiv sau în comandită din care face parte. Prevederile alin. (1) și (2) se aplică, în mod corespunzător, în privința cererilor introduse de grupurile de interes economic sau de membrii acestora”.

Chiar dacă, față de cele mai sus evocate, ar părea că poziția societăților este una clară și simplă, importanță fiind data înmatriculării, respectiv cea a radierii persoanei juridice din registrul comerțului, diferite probleme pot crea o serie de ipostaze în care se poate afla o societate, fie în cursul procedurii de constituire, fie pe parcursul existenței sale, în anumite situații speciale în care se poate găsi la un anumit moment dat, și ne referim aici la societatea în curs de constituire, la societatea neregulat constituită, la societatea dizolvată, la societatea declarată nulă și la societatea fictivă, considerând că se impune și analizarea condiției filialei și a sediilor secundare, a societății în participație, precum și a celei simple (civile).

6. a) *societatea în curs de constituire* este aceea care nu a fost încă înmatriculată în registrul comerțului și, ca atare, ea nu are personalitate juridică, neputând fi, deci, nici titulară de drepturi și nici ținută de obligațiile izvorâte din actele juridice încheiate până atunci de fondatorii săi; este adevărat că unele nevoi practice impun ca, în cursul constituirii societății, fondatorii să perfecteze anumite acte juridice în contul viitoarei societăți (spre exemplu, un contract de locațiune pentru sediu, deschiderea unui cont la o bancă), însă titular al drepturilor și al obligațiilor ce rezultă din asemenea acte nu poate fi decât fondatorul care le-a încheiat, personalitatea juridică a unei asemenea entități colective fiind limitată la scopurile constituirii sale^[1]; pentru aceste acte juridice, întrucât au fost încheiate în contul societății, după dobândirea personalității juridice ea va exercita drepturile și va executa obligațiile respective; sub acest aspect, art. 53 din Legea societăților statuează că „(1) Fondatorii, reprezentanții și alte persoane, care au lucrat în numele unei societăți în curs de constituire, răspund solidar și nelimitat față de terți pentru actele juridice încheiate cu aceștia în contul societății, în afară de cazul în care societatea, după ce a dobândit personalitate juridică, le-a preluat asupra sa. Actele astfel preluate sunt considerate a fi fost ale societății încă de la data încheierii lor. (2) În cazul în care societatea, datorită obiectului său de activitate, nu își poate începe activitatea fără a fi autorizată în acest sens, prevederile alin. (1) nu sunt aplicabile angajamentelor rezultate din contracte încheiate de societate, sub condiția primirii acestei autorizații. În această situație, răspunderea revine societății”^[2]; altfel spus, actele juridice încheiate de fondatori în contul societății produc efecte față de aceștia; dar, dacă după dobândirea

ciații din societățile civile profesionale, deși răspund și ei solidar și nelimitat, doar odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 2005-845 din 26 iulie 2005 au început să fie supuși procedurii colective.

^[1] Art. 205 alin. (3) NCC statuează următoarele: „Cu toate acestea, persoanele juridice prevăzute la alin. (1) pot, chiar de la data actului de înființare, să dobândească drepturi și să își asume obligații, însă numai în măsura necesară pentru ca persoana juridică să ia ființă în mod valabil”.

^[2] Art. 205 alin. (4) NCC prevede următoarele: „Fondatorii, asociații, reprezentanții și orice alte persoane care au lucrat în numele unei persoane juridice în curs de constituire răspund nelimitat și solidar față de terți pentru actele juridice încheiate în contul acesteia cu încălcarea dispozițiilor alin. (3), în afară de cazul în care persoana juridică nou-creată, după ce a dobândit personalitate juridică, le-a preluat asupra sa. Actele astfel preluate sunt considerate a fi ale persoanei juridice încă de la data încheierii lor și produc efecte depline”.

personalității juridice societatea le-a preluat, ele vor produce efecte față de societate, chiar de la data încheierii lor, pentru actele juridice preluate societatea devenind *ex tunc* titularul drepturilor și al obligațiilor; în aceste condiții, apreciem că o *societate în curs de constituire nu poate fi subiect al procedurii de insolvență* pentru cel puțin două argumente: lipsa personalității juridice, ceea ce atrage inexistența ei juridică, în calitate de debitor, și reglementarea răspunderii solidare și nelimitate față de terți a celor care au lucrat în numele unei *societăți în curs de constituire*, împrejurare care asigură suficiente garanții pentru aceștia^[1]; nici în dreptul francez, societățile neînmatriculate nu pot avea calitatea de debitori în procedurile de *executare colectivă*^[2];

7. b) *societatea neregulat constituită*, în schimb, dat fiind faptul că beneficiază de personalitate juridică, poate fi subiect pasiv al acestei proceduri^[3]; în ansamblul operațiunilor de constituire a societăților se pot produce omisiuni, greșeli materiale, erori, neconcordanțe sau necompliniri în și cu privire la formalitățile cerute de lege pentru valabilitatea constituirii societății, după cum se pot înfrânge exigențele imperative prevăzute de dreptul comun referitoare la validitatea actelor constitutive, sub aspectul condițiilor de fond; prima categorie de neregularități, având ca obiect încălcarea cerințelor formale de constituire a societății, afectează ordinea juridică impusă de legiuitor în acest domeniu, motiv pentru care, prin lege, se stabilesc măsuri de înlăturare a neregularităților, indiferent de momentul în care s-au constatat – înainte sau după înmatricularea societății; a doua categorie de neregularități, având ca obiect încălcarea cerințelor imperative prevăzute de lege cu privire la condițiile de fond ale oricărui act juridic, nu își află cadrul de regularizare în dispozițiile Legii societăților, cu excepția a două cazuri: incapacitatea fondatorilor, respectiv caracterul ilicit sau contrar ordinii publice a obiectului de activitate^[4]; în consecință, invocarea acestor neregularități și regimul lor juridic vor urma calea dreptului comun, iar nu pe cea dictată de cadrul reglementar special prevăzut de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare; tot astfel, cadrul judiciar pentru constatarea încălcării cerințelor legale relative la condițiile de fond ale actelor constitutive, prevăzute de legea civilă, este altul decât cel cuprins în Legea societăților, și anume cel de drept comun; într-adevăr, potrivit art. 46, „(1) Când actul constitutiv nu cuprinde mențiunile prevăzute de lege ori cuprinde clauze prin care se încalcă o dispoziție imperativă a legii sau când nu s-a îndeplinit o cerință legală pentru constituirea societății, judecătorul delegat, din oficiu sau la cererea oricăror persoane care formulează o cerere de intervenție, va respinge, prin încheiere, motivat, cererea de înmatriculare, în afară de cazul în care asociații înlătură asemenea neregularități. Judecătorul delegat va lua act

^[1] În același sens, a se vedea I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței – comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 34; N. Tândăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 23; I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 16.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea Ph. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 9^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2003, p. 105; P.M. le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 3^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2006, p. 190; M. Jeantin, P. le Cannu, op. cit., p. 162.

^[3] Atât doctrina, cât și jurisprudența interbelică au apreciat că asemenea societăți pot fi declarate în faliment, deoarece acestea au o ființă, chiar dacă sunt neregulate – pentru dezvoltări, a se vedea Codul comercial adnotat, Ed. Ministerului Justiției, București, 1944, reeditat de Ed. Tribuna, Craiova, 1994, p. 593 și M. Pașcanu, *Dreptul falimentar român*, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 614.

^[4] Aceste cazuri, prevăzute de art. 56 lit. b) și c) din Legea nr. 31/1990, republicată, au corespondent în dreptul comun reprezentat de art. 1180 și art. 1181, coroborat cu art. 43 NCC, în privința incapacității, respectiv de art. 11, art. 1179 și art. 1225 din același Cod, referitor la obiectul de activitate ilicit sau contrar ordinii publice.

în încheiere de regularizările efectuate. (2) În cazul în care au fost formulate cereri de intervenție, judecătorul va cita intervenienții și se va pronunța asupra cererilor acestora în condițiile art. 61 și următoarele din Codul de procedură civilă, nefiind aplicabile dispozițiile art. 531 din Codul de procedură civilă”; în conformitate cu art. 48 din același act normativ, „(1) În cazul unor neregularități constatate după înmatriculare, societatea este obligată să ia măsuri pentru înlăturarea lor, în cel mult 8 zile de la data constatării acelor neregularități. (2) Dacă societatea nu se conformează, orice persoană interesată poate cere tribunalului să oblige organele societății să le regularizeze, sub sancțiunea plății de daune-interese potrivit dreptului comun. (3) Dreptul la acțiunea de regularizare se prescrie prin trecerea unui termen de un an de la data înmatriculării societății”;

8. c) considerăm că și *societatea dizolvată* poate fi subiect al procedurii de insolvență, cu atât mai mult cu cât din cuprinsul art. 38 alin. (2) lit. d) din Codul insolvenței rezultă expres că o asemenea societate va fi supusă procedurii simplificate, cu consecința declarării ei direct în faliment, fără a mai parcurge perioada de observație; în acest sens, art. 233 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, prevede că „(1) Dizolvarea societății are ca efect deschiderea procedurii lichidării. (...) (4) Societatea își păstrează personalitatea juridică pentru operațiunile lichidării, până la terminarea acesteia”, iar potrivit alin. (2) al art. 260 din același act normativ, „lichidarea nu liberează pe asociați și nu împiedică deschiderea procedurii de faliment a societății”; nu în ultimul rând, „în cazul în care societatea aflată în lichidare este în stare de insolvență, lichidatorul este obligat să ceară deschiderea procedurii insolvenței. În condițiile legislației insolvenței, creditorii vor putea cere deschiderea procedurii insolvenței față de societatea aflată în curs de lichidare” (art. 270¹); totuși, trebuie avut în vedere faptul că art. 270² statuează expres următoarele: „Constatănd îndeplinirea condițiilor prevăzute de Legea insolvenței, judecătorul-sindic va dispune deschiderea *procedurii simplificate a insolvenței*”; cu alte cuvinte, pentru a se putea deschide procedura colectivă față de o societate aflată în lichidare este imperios necesar ca toate condițiile cerute de legiuitor pentru declanșarea acestei proceduri judiciare să fie îndeplinite față de respectiva societate debitoare^[1]; în concluzie, putem spune fără nicio rețineră că, după dizolvare, o societate poate fi numai subiect al procedurii falimentului^[2];

9. d) *societatea declarată nulă* este, la rândul său, supusă dizolvării; după cum am menționat mai sus, există cazuri în care neregularitățile constituirii societății sunt constatate după înregistrarea persoanei juridice în registrul comerțului; fiind vorba despre o societate înregistrată, regularizarea ei se poate obține pe cale judecătorească, prin acțiune

^[1] A se vedea, în acest sens, C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 905 din 11 septembrie 2007, în B.C.A. nr. 4/2007, p. 43-45; C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 34 din 10 ianuarie 2006, în B.J. 2006, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007, p. 333-334; în sens contrar, C.A. Pitești, s. com. și cont. adm. și fisc., dec. nr. 488/R-C din 2 mai 2008, în B.C.A. nr. 3/2008, p. 19-20.

^[2] În legătură cu deschiderea procedurii colective față de o societate dizolvată de drept, a se vedea C. Jora, L. Ușă, Admisibilitatea unei cereri de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995, republicată, cu privire la o societate comercială dizolvată de drept, în R.D.C. nr. 5/2006, p. 30-42; pentru soluții jurisprudențiale, a se vedea C.A. Alba-Iulia, dec. civ. nr. 361 din 17 martie 2003, în Ministerul Justiției, C.P.J. 2003, Ed. All Beck, București, 2004, p. 176-177; C.A. Constanța, dec. civ. nr. 331/COM din 27 martie 2003 în Ministerul Justiției, C.P.J. 2003 (...), p. 177; C.A. Cluj, s. com., de cont. adm. și fisc., dec. nr. 1378 din 26 septembrie 2006, în B.J. 2006, p. 673-674; C.A. Cluj, s. com., de cont. adm. și fisc., dec. nr. 817 din 4 iulie 2006, în B.J. 2006, p. 685-686; C.A. Ploiești, dec. nr. 1878 din 27 iunie 2002, în Ministerul Justiției, C.P.J. 2002, Ed. All Beck, București, 2003, p. 252-253.

nea în regularizare; însă, datorită consecințelor pe care neregularitățile le-ar avea asupra securității raporturilor juridice, legea permite și declararea nulității societății, prin acțiunea în anulare; nulitatea societăților beneficiază de o reglementare proprie și unitară, cuprinsă în art. 56-59 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare; declararea nulității societății pentru oricare dintre motivele prevăzute de art. 56 constituie un obstacol insurmontabil pentru reorganizarea judiciară a acesteia, deoarece principalul efect al nulității este *ex nunc*, ducând la încetarea persoanei juridice; în acest sens, alin. (1) al art. 58 prevede că, „la data la care hotărârea judecătorească de constatare sau declarare a nulității a devenit definitivă, societatea încetează fără efect retroactiv și intră în lichidare. Dispozițiile legale privind lichidarea societăților ca urmare a dizolvării se aplică în mod corespunzător”; regimul juridic al nulității are caracter special întrucât: 1) se aplică numai societăților înmatriculate; 2) nulitatea societății nu poate fi dispusă decât în cazurile expres prevăzute de lege; 3) în totalitate, cazurile de nulitate privesc încălcări ale cerințelor legale de constituire a societății; 4) sancțiunea nulității poate fi evitată prin remediile conferite de acțiunea în regularizare; 5) dacă, totuși, este declarată, sancțiunea nulității invalidează societatea ca subiect de drept, iar nu și actele sau faptele juridice ale acesteia; 6) declararea nulității atrage dizolvarea și lichidarea societății; fiind o societate dizolvată, o asemenea entitate are același regim juridic ca orice altă societate dizolvată; ca atare, și societatea declarată nulă poate fi subiect pasiv al procedurii reglementate de Codul insolvenței, așa cum poate fi supusă procedurii de insolvență orice societate dizolvată^[1]; pentru a elimina orice confuzie trebuie să precizăm faptul că, în ipoteza existenței unui concurs între lichidarea unei societăți declarate nule în temeiul art. 56 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, și lichidarea care are drept consecință intrarea persoanei juridice în procedura falimentului, are prioritate lichidarea judiciară reglementată de Codul insolvenței, pentru simplul motiv că primii protejați sunt creditorii, și nu asociații, ca în cadrul procedurii lichidării voluntare;

10. e) *societatea fictivă* este o societate aparentă, o falsă personalitate juridică; în literatura de specialitate s-a arătat că *societatea fictivă* poate fi o formă de *simulație* sau o formă de confuzie de patrimonii între asociați și societate, însă, în ambele cazuri, aparența de personalitate juridică trebuie constatată pe cale judecătorească^[2]; odată ce s-a realizat acest lucru, datoriile falsei societăți devin datoriile asociaților care au abuzat de „personalitatea juridică” a respectivei entități; pentru terți, în special pentru creditori, societatea fictivă are personalitate juridică până la momentul declarării fictivității și, ca atare, aceasta poate fi supusă procedurii de *executare colectivă*; astfel, dacă lipsa personalității juridice se stabilește înainte de pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii reglementate de Codul insolvenței față de o asemenea entitate colectivă, întrucât ea nu

^[1] În perioada de aplicare a Cărtii a III-a a Codului comercial, pentru societățile nule ca având obiect ilicit, instanța supremă s-a pronunțat că acestea au numai un patrimoniu de lichidat, asupra căruia asociații sunt în indiviziune; asemenea societăți trebuie deci considerate că nu au personalitate juridică; o societate, cu tot cu obiectul ei ilicit și cu toată nulitatea de care este lovită, există în fapt, formând o comunitate de interese, care nu pot fi negate și care justifică lichidarea lor atât față de terți, cât și față de asociați; ceea ce se lichidează în acest caz nu este o societate, ci o comunitate de fapt, rezultată din punerea în comun a aporturilor, și în care girantul sau administratorul a reprezentat pe comuniști în toate actele ilegale săvârșite; nu se poate dar spune că o societate nulă de drept sau ilicită se transformă într-o societate de fapt, ci ea trebuie considerată ca o indiviziune fără personalitate juridică și fără patrimoniu propriu, în care raporturile comunistilor între ei trebuie aranjate ca și când ar fi în indiviziune, iar ale terților, ca și când ar fi tratat cu o comunitate – Cas. III, dec. 170 din 30 octombrie 1940, în Codul comercial adnotat (...), p. 594.

^[2] Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed Wolters Kluwer, București, 2008, p. 48.

mai beneficiază de personalitate juridică, procedura nu poate fi deschisă; totuși, dacă lipsa personalității juridice se stabilește după deschiderea procedurii de insolvență, unii autori consideră că efectele aparenței de personalitate (răspunderea nelimitată a „asociaților” pentru datoriile „societății”, falimentul personal al „asociaților”) pot fi antrenate în baza hotărârii *judecătorului-sindic*, care va putea continua procedura insolvenței față de persoanele responsabile de crearea aparenței de personalitate juridică, cu condiția ca toate cerințele deschiderii procedurii concursuale să fie îndeplinite și față de persoanele responsabile; în caz contrar, procedura se va închide, dispunându-se *urmărirea silită* a persoanelor în cauză^[1]; considerăm însă că, odată ce se va constata că debitorul este o *societate fictivă* care, deci, nu beneficiază de *personalitate juridică*, procedura de insolvență nu mai poate continua, impunându-se închiderea dosarului de insolvență, nefiind posibil ca, în același dosar, *judecătorului-sindic* să dispună continuarea procedurii, nu față de *societatea fictivă*, ci față de persoanele care au creat-o; dacă o *societate fictivă* se află în *lichidare voluntară*, devine incident art. 237¹ din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, care statuează următoarele: „(1) Atunci când un asociat răspunde nelimitat pentru obligațiile societății pe durata funcționării acesteia, răspunderea sa pentru aceste obligații va fi nelimitată și în faza dizolvării și, dacă este cazul, a lichidării societății. (2) Atunci când, pe durata funcționării societății, un asociat răspunde pentru obligațiile acesteia în limitele aportului la capitalul social, răspunderea sa va fi limitată la acest aport și în situația dizolvării și, dacă este cazul, a lichidării societății. (3) Asociatul care, în fraudă creditorilor, abuzează de caracterul limitat al răspunderii sale și de personalitatea juridică distinctă a societății răspunde nelimitat pentru obligațiile neachitate ale societății dizolvate, respectiv lichidate. (4) Răspunderea asociatului devine nelimitată în condițiile alin. (3), în special atunci când acesta dispune de bunurile societății ca și cum ar fi bunurile sale proprii sau dacă diminuează activul societății în beneficiul personal ori al unor terți, cunoscând sau trebuind să cunoască faptul că în acest mod societatea nu va mai fi în măsură să își execute obligațiile”;

11. f) *filialele, sucursalele și alte sedii secundare ale societăților*; potrivit art. 42 și art. 43 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, „*Filiile sunt societăți cu personalitate juridică și se înființează în una dintre formele de societate enumerate la art. 2 și în condițiile prevăzute pentru acea formă. Ele vor avea regimul juridic al formei de societate în care s-au constituit*”, în timp ce „(1) *Sucursalele sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților și se înregistrează, înainte de începerea activității lor, în registrul comerțului din județul în care vor funcționa. (2) Dacă sucursala este deschisă într-o localitate din același județ sau în aceeași localitate cu societatea, ea se va înregistra în același registru al comerțului, însă distinct, ca înregistrare separată. (3) Celelalte sedii secundare – agenții, puncte de lucru sau alte asemenea sedii – sunt dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților și se menționează numai în cadrul înmatriculării societății în registrul comerțului de la sediul principal. (4) Nu se pot înființa sedii secundare sub denumirea de *filială*”; din cele menționate se poate desprinde concluzia că *filiala* fiind ea însăși o societate, adică un profesionist distinct, care se bucură de personalitate, patrimoniu și organizare proprii, chiar dacă este dependentă și se află sub controlul societății mamă, aceasta din urmă nu va răspunde pentru obligațiile sale, după cum nici filiala nu va dobândi drepturile și obligațiile societății fondatoare; ca atare, având calitatea de profesionist și beneficiind de personalitate juridică, ea poate fi*

[1] *Ibidem*.

subiect al procedurii de insolvență, iar o procedură deschisă împotriva unei filiale nu are niciun efect față de societatea mamă, cu excepția cazului în care, în condițiile art. 164 din Codul insolvenței, societatea primară are față de filială calitatea de asociat cu răspundere nelimitată^[1]; în schimb, sucursalele și celelalte sedii secundare, fiind dezmembrăminte fără personalitate juridică ale societăților, dotate cu unele bunuri, care dispun de o anumită autonomie, în limitele stabilite de societatea fondatoare, cu scopul de a desfășura o activitate economică, deoarece nu devin subiecte de drept distinct, din punct de vedere juridic acestea făcând parte din structura organizatorică a societății mamă, ele nu au drepturi și obligații proprii; apreciem că asemenea stabilimente secundare nu pot fi subiect al procedurii insolvenței; în cazul încetării plăților la nivelul unei sucursale sau al unui alt sediu secundar procedura colectivă poate fi deschisă numai împotriva societății fondatoare, căreia îi revin, de altfel, toate obligațiile acestui dezmembrământ; totuși, pentru acuratețe juridică, se impune să facem precizarea că, în cazurile de insolvență transfrontalieră, o procedură secundară de insolvență se poate deschide față de un sediu secundar al debitorului situat pe teritoriul României, chiar dacă o procedură principală a fost deschisă contra debitorului în țara unde se află centrul principal al intereselor comerciale^[2];

12. g) *societatea în participație* nu este, după cum i-ar spune numele, o societate, ci regimul său juridic este dat de art. 1949-1954 NCC, prevederi la care se alătură normele compatibile care reglementează societățile de persoane, prevăzute de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, iar din ansamblul acestora, dispozițiile relative la societatea în nume colectiv, cu specială privire la elementele principale ale contractului de asociere, și anume: aportul asociaților, *affectio societatis*, participarea fiecărui asociat la beneficiile și pierderile înregistrate de asociație; la acestea se adaugă elementul *intuitu personae*, specific numai societăților de persoane, deci și societății în participație; definind această formă de societate, art. 1949 statuează următoarele: „Contractul de asociere în participație este contractul prin care o persoană acordă uneia sau mai multor persoane o participație la beneficiile și pierderile uneia sau mai multor operațiuni pe care le întreprinde”; de natura asocierii în participațiune sunt următoarele aspecte, reglementate tot de noul Cod civil, respectiv: asocierea în participație nu poate dobândi personalitate juridică și nu constituie față de terți o persoană distinctă de persoana asociaților (art. 1951); asociații rămân proprietarii bunurilor puse la dispoziția asociației [art. 1952 alin. (1)]; asociații pot conveni ca bunurile aduse în asociere, precum și cele obținute în urma folosirii acestora să devină proprietate comună [art. 1952 alin. (2)]; bunurile puse la dispoziția asocierii pot trece, în tot sau în parte, în proprietatea unuia dintre asociați pentru realizarea obiectului asocierii, în condițiile convenite prin contract și cu respectarea formalităților de publicitate prevăzute de lege [art. 1952 alin. (3)]; asociații pot stipula redobândirea în natură a bunurilor puse la dispoziția asocierii, la încetarea asocierii [art. 1952 alin. (4)]; asociații, chiar acționând pe contul asocierii, contractează și se angajează în nume propriu față de terți [art. 1953 alin. (1)]; cu toate

^[1] Potrivit art. 164 din Codul insolvenței, „în cazul în care bunurile care alcătuiesc averea unui grup de interes economic ori a unei societăți în nume colectiv sau în comandită nu sunt suficiente pentru plata creanțelor înregistrate în tabelul definitiv consolidat de creanțe, împotriva grupului sau a societății judecătorul-sindic va autoriza executarea silită, în condițiile legii, împotriva asociaților cu răspundere nelimitată sau, după caz, a membrilor, pronunțând o sentință executorie, care va fi pusă în executare de lichidatorul judiciar, prin executor judecătoresc”.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 771-813.

acestea, dacă asociații acționează în această calitate față de terți sunt ținute solidar de actele încheiate de oricare dintre ei [art. 1953 alin. (2)]; cu excepția dispozițiilor prevăzute la art. 1949-1953 NCC, convenția părților determină forma contractului, întinderea și condițiile asocierii, precum și cauzele de dizolvare și lichidare a acesteia (art. 1954); din aceste prevederi legale rezultă în mod clar că asociația în participațiune este o societate de persoane, fără personalitate juridică, ce nu are un patrimoniu propriu; mai corect spus, societatea în participație este un contract, și nu o instituție (entitate); așadar, numai contractantul „celui de-al treilea” poate fi supus procedurii de insolvență, nu și asociația însăși^[1];

13. h) *societatea simplă (civilă)* este definită de alin. (1) al art. 1881 NCC ca fiind un contract prin care „(...) două sau mai multe persoane se obligă reciproc să coopereze pentru desfășurarea unei activități și să contribuie la aceasta prin aporturi bănești, în bunuri, în cunoștințe specifice sau prestații, cu scopul de a împărți beneficiile sau de a se folosi de economia ce ar putea rezulta”, care, însă, nu are personalitate juridică^[2]; sensul acestei dispoziții apare mai clar dacă avem în vedere și alineatele (2) ale art. 1882 și art. 1881, potrivit cărora „orice societate trebuie să aibă un obiect determinat și licit, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri”; „fiecare asociat contribuie la suportarea pierderilor proporțional cu participarea la distribuția beneficiului, dacă prin contract nu s-a stabilit altfel”; ținând seama și de textul alin. (3) al art. 1881 din Cod, care ne arată că un contract de societate generează o entitate cu sau fără personalitate juridică, putem să conchidem că, dacă societatea are personalitate juridică, aceasta este un profesionist, pentru că exploatează o întreprindere; în aceste condiții, doctrina juridică a arătat că societatea civilă^[3] este un contract în temeiul căruia două sau mai multe persoane, numite asociați^[4], se înțeleg să pună în comun anumite bunuri pentru a desfășura împreună o activitate, în vederea realizării și împărțirii beneficiilor care vor rezulta^[5]; dat fiind faptul că societatea simplă nu beneficiază în dreptul pozitiv român de personalitate juridică, este evident că ea nu poate fi subiect pasiv al procedurii reglementate de Codul insolvenței, fiind cunoscut faptul că atât patrimoniul social, cât și răspunderea proprie sunt efecte ale personalității juridice; contractul de societate este actul juridic generator al persoanei juridice, dar personalitatea nu se dobândește automat, în momentul în care sunt întrunite condițiile premisă (patrimoniu, organizare, scop), ci numai după obținerea autorizării, care este simultană sau consecutivă cu înregistrarea în registrul special de publicitate; aceasta și dacă respectiva societate ar desfășura o activitate economică sub formă de întreprindere; în cazul entităților fără personalitate juridică, nu există subiectivitate proprie a societății, iar patrimoniul este un fond comun al asociaților, supus regulilor patrimoniului de afecțiune; de altfel, art. 1887 NCC statuează că „(1) Prezentul

^[1] În legătură cu societatea în participație în dreptul francez, a se vedea *M. de Juglart, B. Ippolito, Les sociétés commerciales. Cours de droit commercial, entierment refondue par Jacques Dupichot*, Ed. Montchrestien, Paris, 1999, p. 27 și urm.

^[2] Pentru o tratare monografică a societății civile sub imperiul C. civ. 1864, a se vedea *D.A. Popescu, Contractul de societate*, Ed. Lumina Lex, București, 1996.

^[3] Noțiunea de „societate” provine de la cuvântul latinesc *societas*, care înseamnă întovărășire, asociație, comunitate, tovărășie, unire.

^[4] Având în vedere semnificația termenului de „societate”, membrii societății ar trebui să fie denumiți societari (de la latinescul *socius*, care înseamnă tovarăș, partas), ceea ce ar duce la evitarea oricărei confuzii între societate și asociați; cu toate acestea, tradițional se folosește noțiunea de „asociați”.

^[5] *St.D. Cărpănu, Drept comercial român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 153.

capitol constituie dreptul comun în materia societăților. (2) Legea poate reglementa diferite tipuri de societăți în considerarea formei, naturii sau obiectului de activitate”, iar potrivit art. 1888, după forma lor, societățile pot fi: a) simple; b) în participație; c) în nume colectiv; d) în comandită simplă; e) cu răspundere limitată; f) pe acțiuni; g) în comandită pe acțiuni; h) cooperative; i) alt tip de societate anume reglementat de lege.

1.2. Societățile cooperative

14. *Societățile cooperative* sunt forme asociative de tip privat prin care se realizează cooperația. Cu alte cuvinte, și această entitate este un agent economic cu capital privat (al cărui quantum nu poate fi mai mic de 500 de lei), regimul său juridic fiind asemănător cu cel al societăților constituite în temeiul Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, iar activitățile desfășurate sunt supuse unui regim de autorizare.

Potrivit alin. (1) al art. 7 din Legea nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației, *societatea cooperativă* este o asociație autonomă de persoane fizice și/sau juridice, după caz, constituită pe baza consimțământului liber exprimat de acestea, în scopul promovării intereselor economice, sociale și culturale ale membrilor cooperatori, fiind deținută în comun și controlată democratic de către membrii săi, în conformitate cu principiile cooperatiste.

Actul normativ menționat prevede că *societățile cooperative* de gradul 1 se pot constitui în una dintre următoarele forme: meșteșugărești, de consum, de valorificare, agricole, de locuințe, pescărești, de transporturi, forestiere, de alte forme. În schimb, *societățile cooperative* de gradul 2 se constituie din societățile cooperative de gradul 1, în majoritate, și alte persoane fizice sau juridice, în scopul integrării pe orizontală sau pe verticală a activității economice desfășurate de acestea.

Este în afară de orice îndoială că, *de lege lata*, entitățile analizate pot fi subiect pasiv al procedurii de insolvență, ele având calitatea de profesioniști, astfel cum noțiunea de profesionist este definită de art. 3 NCC^[1].

În literatura de specialitate^[2], în categoria organizațiilor cooperatiste unii autori includ *cooperativele agricole*^[3], considerându-le ca fiind forme asociative din domeniul

^[1] Până la apariția O.G. nr. 38/2002, în literatura de specialitate au existat discuții dacă organizațiile cooperatiste intră sau nu sub incidența prevederilor Legii nr. 64/1995, republicată, unii autori afirmând, încă din anul 1996, că acestea, dat fiind faptul că sunt comercianți, trebuie să fie supuse procedurii de insolvență, neexistând niciun argument de ordin logic sau legal pentru a fi excluse de la această procedură – pentru dezvoltări, a se vedea Gh. Piperea, art. cit., p. 69-71 și St.D. Cârpenaru, *Procedura reorganizării și lichidării judiciare*, Ed. Atlas Lex, București, 1996, p. 35-36; St.D. Cârpenaru, *Drept comercial. Procedura falimentului*, Ed. Global Print, București, 1998, p. 58; în schimb, alții erau de părere că asemenea entități nu intră în domeniul de reglementare al legii menționate, datorită regimului special al proprietății cooperatiste, ce consta în interzicerea urmăririi bunurilor proprietatea acestora – a se vedea, în acest sens, A. Capriel, *Procedura reorganizării și lichidării judiciare*, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 8-10 și I. Turcu, *Reorganizarea și lichidarea judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 63; în practică au existat, totuși, instanțe care au apreciat că procedura reglementată de Legea nr. 64/1995 este aplicabilă și cooperativelor de consum, dacă acestea au îndeplinit acte de comerț în raporturi comerciale cu o societate comercială, devenind, astfel, comercianți în condițiile statuate de art. 7 C. com. – a se vedea, în acest sens, Trib. București, s. com., sent. nr. 3945 din 24 octombrie 1997, în C.P.J.Com. 1990-1998, Ed. All Beck, București, 1999, p. 461-462.

^[2] St.D. Cârpenaru, *Drept comercial român (...)*, p. 624-625.

^[3] Acestea sunt asociații de persoane fizice care se constituie cu scopul de a exploata în comun suprafețele agricole deținute de membrii cooperatori, de a efectua în comun lucrări de îmbunătățiri funciare, de a utiliza în comun mașini și instalații și de a valorifica produsele agricole; regimul juridic al cooperativei agricole, dat de Legea nr. 566/2004 (M. Of. nr. 1236 din 22 decembrie 2004), este în mare parte asemănător cu cel al societăților cooperative.

agriculturii, adică asociații autonome cu un număr nelimitat de membri, cu capital variabil, care desfășoară o activitate economică, tehnică și socială pentru a furniza bunuri, servicii și locuri de muncă exclusiv sau preponderent membrilor săi. Și aceste cooperative sunt de două feluri, respectiv de gradul I și de gradul II, deosebirea dintre ele constând în aceea că prima este o asociație de persoane fizice și persoane fizice autorizate definite potrivit O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoane fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale, în timp ce ultima este persoană juridică constituită din persoane fizice, persoane fizice autorizate definite potrivit O.U.G. nr. 44/2008 și persoane juridice, după caz, în scopul integrării pe orizontală și pe verticală a activității economice desfășurate de acestea și autorizate în conformitate cu prevederile Legii cooperăției agricole nr. 566/2004.

Fostele forme de organizare, reunite de vechea reglementare^[1] sub denumirea generică de „organizații cooperatiste”, respectiv cooperativele meșteșugărești, cooperativele de consum, societățile cooperative meșteșugărești, societățile cooperative pe acțiuni meșteșugărești, cooperativele mici meșteșugărești și asociațiile acestora, au fost obligate, în conformitate cu art. 117 alin. (1) din Legea nr. 1/2005, să-și modifice statutele și să se organizeze potrivit noilor prevederi legale în termen de 9 luni de la data intrării în vigoare a legii (3 martie 2005), sub sancțiunea dizolvării de drept. De asemenea, și asociațiile de organizații cooperatiste au fost obligate, sub aceeași sancțiune, să se reorganizeze conform noului act normativ în maximum 12 luni de la intrarea lui în vigoare, fie în asociații, uniuni județene și uniuni naționale, fie în societate cooperativă.

1.3. Profesioniștii persoane fizice – acționând individual

15. Procedura falimentului reglementată de Codul comercial era axată pe *comerciantul* persoană fizică pentru simplul motiv că la acea vreme comerțul era exercitat, în principal, de acesta. În prezent, societățile cu personalitate juridică au devenit subiectul central al procedurii insolvenței întrucât, pe măsură ce societatea omenească s-a dezvoltat, iar necesitățile economice și sociale au crescut, întreprinzătorii au fost nevoiți să se asocieze pentru a face față realizării unor activități economice de amploare. Dar acest lucru nu trebuie, totuși, să ducă la neglijarea profesioniștilor persoane fizice, deoarece aceștia nu au dispărut din economie, ci doar au devenit mai puțin prezenți, și ei putând ajunge, în unele cazuri, în stare de insolvență.

Potrivit art. 7 C. com. „sunt *comercianți* aceia care fac fapte de comerț, având comerțul ca o profesiune obișnuită, și societățile comerciale”.

Această normă, stabilind cine sunt *comercianții*, făcea o deosebire netă între persoanele fizice și societățile comerciale. În timp ce persoanelor fizice legiuitorul le cerea să îndeplinească anumite condiții pentru a dobândi calitatea de *comerciant*, societăților comerciale le atribuia o atare calitate numai prin simpla lor existență.

În doctrină se admitea că o persoană fizică dobândea calitatea de *comerciant* numai prin exercitarea cu titlu profesional a unei activități comerciale, adică prin efectuarea unor acte și fapte de comerț obiective, de natura celor înscrise în art. 3 din același cod^[2].

^[1] Decretul-lege nr. 66/1990 privind organizarea și funcționarea cooperăției meșteșugărești a fost publicat în M. Of. nr. 23 din 9 februarie 1990, iar Legea nr. 109/1996 privind organizarea și funcționarea cooperăției de consum și a cooperăției de credit a fost publicată în M. Of. nr. 252 din 18 octombrie 1996.

^[2] În practică s-a arătat că faptele de comerț obiective sunt acele fapte cărora legea le-a recunoscut comercialitatea pentru considerente trase din însăși natura intimă a actului, ele fiind considerate comerciale numai pentru simplul motiv că fiecare prezintă cel puțin una dintre însușirile socotite de legiuitor ca necesare și

Consacrând, prin Codul comercial din 1887, sistemul obiectiv al dreptului comercial, legiuitorul român a stabilit care sunt actele juridice și operațiunile considerate fapte de comerț și le-a supus legilor comerciale, indiferent de persoana care le săvârșea. Odată dobândită calitatea de *comerciant*, toate actele juridice și operațiunile *comerciantului* erau considerate fapte de comerț și, deci, erau reglementate de legea comercială.

Exercitarea de acte de comerț subiective (art. 4 C. com.) sau de acte de comerț unilaterale ori mixte (art. 56 C. com.) nu putea duce automat la dobândirea calității de *comerciant*, deoarece aceste două categorii de acte își fundamentau caracterul de comercialitate tocmai pe calitatea de *comerciant* a autorului lor. Pentru a deveni *comerciant*, persoana fizică trebuia, așadar, să săvârșească una sau mai multe fapte de comerț obiective, iar săvârșirea acestora să fie efectivă. Dacă în cazul societăților comerciale, acestea dobândeau calitatea de *comerciant* prin simpla lor constituire în condițiile legii, chiar fără exercitarea unor fapte de comerț, pentru că ele se constituiau tocmai în scopul de a desfășura o activitate comercială, în cazul persoanelor fizice nu era suficientă doar intenția de a deveni *comerciant*, spre exemplu, înscrierea numelui în registrul comerțului, conform art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, cu modificările și completările ulterioare, fiind imperios necesară exercitarea unei activități comerciale.

În literatura juridică s-a mai arătat că săvârșirea efectivă de fapte de comerț nu trebuie înțeleasă numai în accepțiunea sa materială, exercitarea unor acte de comerț putându-se realiza și indirect, prin intermediul unei alte persoane, de exemplu, prin intermediul unui prepus. Deci, caracterul efectiv al săvârșirii faptelor de comerț trebuia înțeles în sens juridic, adică de asumare de către persoana în cauză a răspunderii pentru urmările actelor săvârșite, direct sau indirect^[1]. Săvârșirea faptelor de comerț obiective nu era, însă, de ajuns pentru dobândirea calității de *comerciant* a persoanei fizice, ci se mai cerea ca respectivele fapte să fi fost săvârșite cu caracter de obișnuință, de profesiune, faptele de comerț să fi avut caracter de repetabilitate în scopul asigurării resurselor necesare existenței și obținerii de profit. Săvârșirea unui singur act de comerț nu conferea celui care l-a făcut calitatea de *comerciant*, legea cerând o pluralitate de acte. Dar nici chiar pluralitatea de acte nu conferea, prin ea însăși, calitatea de *comerciant*, legiuitorul impunând ca aceste acte să fi fost săvârșite în condiții care să permită a se trage concluzia că cel care le-a exercitat își făcea din aceasta o profesiune obișnuită, adică să fi constituit o ocupație, o îndeletnicire permanentă pe care o exercita o anumită persoană^[2].

16. Fosta Curte de Casație a decis că o condiție esențială a calității de *comerciant* este exercitarea actelor de comerț *în mod profesional*. Exercitarea mai multor acte comerciale în sine nu constituie profesionalitate, deoarece profesionalitatea consistă în exercitarea actelor în așa mod încât să formeze o ocupație perseverentă, să fie un exercițiu atât de

suficiente pentru a imprima unui fapt caracter de comercialitate; în schimb, faptele de comerț subiective sunt acelea cărora legiuitorul, fără a le examina natura intimă, le atribuia, în condițiile prevăzute de art. 4 C. com., caracterul de a fi comerciale numai datorită împrejurării că sunt săvârșite de un comerciant; statuând, la pct. 4 al art. 3 C. com., că se consideră ca fapte de comerț cumpărările și vânzările de părți sociale sau de acțiuni ale societăților comerciale, legiuitorul a înțeles să considere ca fapte obiective de comerț asemenea operațiuni, indiferent de persoana celor care le săvârșesc, fiind fără relevanță scopul în vederea căruia părțile fac aceste cumpărări și vânzări de părți sau acțiuni – C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 662 din 5 iunie 2007, B.J. 2007, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 222-227.

[1] I.L. Georgescu, *Drept comercial român*, vol. I, Ed. Socec & Co., București, 1946, p. 408.

[2] Pentru a evidenția acest caracter, legiuitorul român a folosit chiar o expresie pleonastică – „profesiune obișnuită”.

des și consecutiv, încât să constituie oarecum o condiție specială de existență și de viață socială. Profesiunea este starea unei persoane care face din repetarea unor anumite acte ocupațiunea vieții sale și de la care ea cere resursele existenței sale sociale^[1]. Cu toate acestea, nu este necesar ca săvârșirea faptelor de comerț să fie singura profesiune și nici principala ocupație a persoanei fizice, caracterul profesional al săvârșirii faptelor de comerț fiind o chestiune de fapt, lăsată la libera apreciere a instanței care aplică procedura^[2].

Tot Curtea a statuat că prin noțiunea de *comerciant*, în sensul Codului comercial, se înțelege numai acela care face fapte de comerț având comerțul ca o profesiune, atunci când este vorba de persoane fizice, întrucât notorietatea publică privind situația cuiva de *comerciant* nu-i acordă, totuși, acestuia calitatea respectivă, ci numai practica efectivă a comerțului ca o profesiune obișnuită^[3]. De aceea, pentru obținerea calității de *comerciant* nu este suficientă deschiderea unei prăvălii sau afișarea firmei, pentru persoanele fizice legiuitorul cerând *exercițiul efectiv* al actelor obiective de comerț. Din acest punct de vedere, există o deosebire de tratament între persoanele fizice și societățile comerciale, deoarece acestora din urmă legea nu le impune condiția exercițiului efectiv al actelor de comerț, fiind suficient ca o societate să fi luat ființă prin îndeplinirea formalităților cerute societăților comerciale pentru ca acea persoană juridică să dobândească, prin chiar acest fapt, calitatea de *comerciant*, adică chiar dacă încă nu a exercitat niciuna dintre operațiunile de comerț prevăzute în actele de constituire^[4].

Deși din textul legal nu reieșea, literatura de specialitate a susținut că la cele două condiții se adaugă o a treia: aceea ca faptele de comerț să fi fost săvârșite *în nume propriu*, distincția fiind necesară pentru că și auxiliarii de comerț (mandatarii, procuriștii și prepușii *comerciantului*^[5]) efectuau fapte de comerț, în mod obișnuit, în exercitarea profesiunii lor, însă nu în nume propriu, ci în numele și pe seama *comerciantului*, fiind reprezentanți ai acestuia^[6]. Sub acest aspect, în practica mai veche s-a arătat că, deși art. 7 C. com. nu menționează printre condițiile cerute pentru a se conferi unei persoane calitatea de *comerciant* și pe aceea ca actul de comerț să fie făcut în nume personal, totuși, pentru ca cineva să îmbrace această calitate, se cere, ca o condiție esențială, și aceea ca el să fi exercitat activitatea *proprio nomine*, iar nu pentru și în numele altuia, de unde rezultă că nu pot fi socotiți *comercianți* prepușii, comișii pentru negoț, directorii sau administratorii societăților anonime, mandatarii etc., care, făcând acte de comerț pentru alții și în numele altora, nu pot fi declarați *comercianți*^[7]. În schimb, comisionarii

[1] Cas. III, dec. nr. 1826 din 5 noiembrie 1936, în Codul comercial adnotat (...), p. 64.

[2] N. Tândăreanu, op. cit., p. 14.

[3] Cas. III, dec. 1432 din 26 mai 1939, în R.D.C. nr. 2/1991, p. 75.

[4] Codul comercial adnotat (...), p. 62.

[5] Deci, prepușii nu erau comercianți, chiar dacă erau profesioniști, adică făceau din reprezentarea altora o profesiune.

[6] I.N. Fiñescu, *Curs de drept comercial*, vol. I, Ed. Al. Th. Doicescu, București, 1929, p. 77; M. Pașcanu, op. cit., p. 56; St.D. Cârpenaru, *Drept comercial român* (...), p. 72-73; N. Tândăreanu, op. cit., p. 13-14; M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 44-48; Gh. Piperea, art. cit., p. 58-61; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 59-60; R. Rodière, R. Houin, *Droit commercial*, vol. I, Dalloz, Paris, 1970, p. 51; în sensul că o astfel de condiție nu era necesară, deoarece erau aplicabile principiile generale, a se vedea I.L. Georgescu, *Drept comercial român* (...), p. 413-414.

[7] Trib. Muscel, sent. com. nr. 19 din 2 septembrie 1934, în R.D.C. nr. 2/1991, p. 77.

care încheiau actele de comerț în numele lor, cu toate că le încheiau în interesul sau pe socoteala altora, erau considerați *comercianți* dacă făceau din aceasta o profesiune^[1].

17. Chiar și anterior datei de 1 octombrie 2011, când a fost abrogat aproape în totalitate Codul comercial, unii autori s-au exprimat în sensul că o altă cerință ar fi *autorizarea în condițiile legii*^[2].

Este adevărat că, odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 507/2002 privind organizarea și desfășurarea unor activități economice de către persoanele fizice^[3], precum și a normelor sale de aplicare^[4], persoanele fizice au putut exercita activități economice cu titlu de profesiune, cu îndeplinirea condițiilor de calificare, numai în baza unei autorizații obținute în condițiile acestui act normativ. De asemenea, ca urmare a abrogării Legii nr. 507/2002 prin Legea nr. 300/2004 privind autorizarea persoanelor fizice și a asociațiilor familiale care desfășoară activități economice în mod independent^[5], în prezent abrogată și ea prin O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale^[6], persoanele fizice pot desfășura activități economice individual și independent, ca persoane fizice autorizate sau ca întreprinzători titulari ai unei întreprinderi individuale, numai dacă sunt autorizate, în condițiile legii, de către directorul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunalul din județul în care își stabilesc sediul profesional și dacă sunt înregistrate în registrul comerțului.

Totuși, momentul de la care persoana fizică dobândește calitatea de *comerciant* era acela la care săvârșirea de acte sau fapte de comerț se transforma în profesiune, independent de existența sau nu a unei autorizații administrative în acest sens, nerespectarea prevederilor legale privitoare la autorizare putând atrage în sarcina persoanei în cauză doar sancțiuni de natură civilă, contravențională sau chiar penală, legile menționate nemodificând condițiile reglementate de Codul comercial referitor la dobândirea calității de *comerciant* individual. Deci, existența autorizației nu constituia o cerință pentru dobândirea calității de *comerciant*, ci doar o condiție pentru funcționarea legală a persoanei fizice care avea respectiva calitate.

18. În reglementarea dată de noul Cod civil, *profesionistul* este, în raport cu simplul particular, o persoană care: 1) exercită o activitate, în mod continuu, asumându-și un risc; 2) este supus unei înmatriculări, autorizări sau înscrieri în registre publice, pentru opozabilitate față de terț și pentru protecția intereselor acestora și 3) are un patrimoniu de afectațiune. *Profesionistul* nu se confundă cu *comerciantul*, întrucât ar însemna să se confunde genul cu specia. *Profesionist*, în sensul art. 8 alin. (1) din Legea nr. 71/2011, înseamnă *comerciant*, întreprinzător, operator economic, precum și orice altă persoană autorizată să desfășoare activități economice sau profesionale, astfel cum aceste noțiuni sunt prevăzute de lege, la data intrării în vigoare a noului Cod civil. Așadar, *comerciantul* nu este identic cu *profesionistul*, ci este doar o *specie de profesionist*.

[1] Pentru dezvoltări, a se vedea F. Moșiu, *Contractele comerciale de intermediere fără reprezentare*, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 24 și urm.

[2] M.L. Belu Magdo, *Drept comercial*, Ed. S.G.H., București, 2003, p. 56.

[3] Legea nr. 507/2002 (M. Of. nr. 582 din 6 august 2002).

[4] Aceste Norme metodologice au fost aprobate prin H.G. nr. 58/2003 (M. Of. nr. 108 din 20 februarie 2003).

[5] Legea nr. 300/2004 (M. Of. nr. 576 din 29 iunie 2004).

[6] M. Of. nr. 328 din 25 aprilie 2008.

Articolul 6 din Legea nr. 71/2011 statuează că, în cuprinsul actelor normative aplicabile la data intrării în vigoare a noului Cod civil, referirile la comercianți se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerțului (deci, nu efectiv înscrise – *s.n.*), potrivit prevederilor art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin prezenta lege. Deci, comerciant înseamnă nu numai ceea ce în mod obișnuit înțelegeam prin acest termen, ci și persoanele fizice autorizate, întreprinzătorul individual sau cel familial care sunt supuși obligației de înscriere în registrul comerțului pentru a putea funcționa ca atare. Chiar neînscrisă, încă, în registrul comerțului, persoana fizică care exercită pe risc economic propriu o activitate de producție, comerț sau de prestare de servicii poate fi calificată drept comerciant, pentru că este în continuare supusă înregistrării în registrul comerțului. Situația este similară cu cea a unei societăți neregulat constituite, la care am făcut referire anterior. Așadar, ambele categorii juridice, fiind calificabile drept *comercianți*, pot fi supuse procedurii insolvenței.

În acest sens, Codul insolvenței prevede, în art. 38 alin. (2) lit. a) și f), că „procedura simplificată prevăzută de prezentul capitol se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență care se încadrează în una dintre următoarele categorii: a) *profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului (s.n.)*, cu excepția celor care exercită profesii liberele; (...) f) *orice persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate (s.n.)*; aplicarea prezentei legi față de aceste persoane nu exclude sancțiunile aplicabile pentru lipsa autorizării sau înregistrării respectivei persoane”.

Așadar, *de lege lata*, pot fi supuși procedurii insolvenței reglementate de Codul insolvenței *profesioniștii* persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită *profesii liberele*.

19. În fine, s-a mai opinat că, alături de celelalte condiții, pentru dobândirea calității de *comerciant* de către o persoană fizică, trebuie avută în vedere și *capacitatea ei deplină de exercițiu*^[1]. Personalitatea umană^[2], sub raportul calității de subiect de drept^[3], presupune existența capacității juridice – care este aptitudinea abstractă a omului de a avea drepturi și obligații. Capacitatea juridică, cu cele două componente ale sale, este o

[1] C. Bălescu, *Curs de drept comercial și industrial*, Ed. Cultura Poporului, București, 1939, p. 134.

[2] Ființei umane îi este inerentă personalitatea juridică; aceasta este atribuită, fără excepție, omului de la naștere și este păstrată până la moarte; personalitatea juridică este o aptitudine, o virtualitate a ființei umane; potențial ea există în fiecare individ; este vocația de a fi titular activ sau pasiv de drepturi subiective; apoi, ea este de o generalitate absolută și permanentă; toate ființele umane au dreptul la personalitate juridică – „fiecare om are dreptul să i se recunoască pretutindeni personalitatea juridică” (art. 6 din Declarația universală a drepturilor omului).

[3] Este subiect de drept acela care se poate prevala de multiple prerogative și, în special, de drepturi subiective; subiectul de drept nu este altceva decât persoana înfățișată în funcția sa juridică; s-a mai învederat că sintagma „subiect de drept” desemnează, în egală măsură, atât participantul la raporturile juridice, titularul de drepturi și obligații, cât și vocația unui atare titular de a participa la asemenea raporturi, concretizată în aptitudinea de a-și pune în valoare drepturile și obligațiile ce-i sunt recunoscute, respectiv impuse; individul uman nu este în mod necesar subiect de drept; el devine astfel numai dacă dreptul pozitiv îi atribuie această calitate – M.N. Costin, *Marile instituții ale dreptului civil român*, vol. II, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1984, p. 9.

condiție de fond, esențială și generală pe care o persoană fizică trebuie să o îndeplinească pentru a încheia valabil acte juridice^[1].

În general, prin capacitate civilă înțelegem, într-un sens sintetic, capacitatea de folosință și capacitatea de exercițiu a persoanei, iar într-o accepțiune analitică, facultatea persoanei de a dobândi și exercita drepturi, precum și de a-și asuma și îndeplini obligații prin acte juridice proprii^[2]. Capacitatea de folosință reprezintă aptitudinea generală și abstractă a persoanei de a dobândi drepturi și de a avea obligații, în timp ce capacitatea de exercițiu este facultatea acesteia de a-și exercita drepturile și de a-și asuma și îndeplini obligațiile prin acte juridice proprii. Capacitatea de exercițiu a persoanei fizice era diferit formulată în doctrină, de la un autor la altul, în baza definiției legale prevăzute de alin. (3) al art. 5 din Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice^[3]. Aceste formulări conțin, în general, aceleași elemente și au în vedere numai deplina capacitate de exercițiu.

Capacitatea de exercițiu este acea parte a capacității civile care constă în aptitudinea persoanei fizice de a dobândi și exercita drepturi civile și de a-și asuma obligații civile, prin încheierea de acte juridice civile. Pentru a-și exercita personal și singură drepturile și a-și asuma tot astfel obligații, prin săvârșirea de acte juridice, persoana fizică trebuie să aibă o voință matură și conștientă. De aceea, capacitatea deplină de exercițiu nu îi este recunoscută decât la vârsta majoratului (art. 38 NCC), când legiuitorul prezumă că ea a atins maturitatea necesară pentru a încheia acte juridice fără riscul de a se păgubi. Doar pentru motive temeinice, instanța de tutelă poate recunoaște minorului care a împlinit vârsta de 16 ani capacitatea deplină de exercițiu, în acest scop, urmând să fie ascultați și părinții sau tutorele minorului, luându-se, când este cazul, și avizul consiliului de familie (art. 40).

Întrucât *profesionistul persoană fizică* se definește prin raportare la exploatarea unei întreprinderi, iar alin. (3) al art. 3 din același Cod prevede că exploatarea unei întreprinderi constă în exercitarea sistematică, de către una sau mai multe persoane, a unei activități organizate, constând în producerea, administrarea ori înstrăinarea de bunuri sau în prestarea de servicii, indiferent dacă are sau nu un scop lucrativ, se subînțelege că o asemenea persoană fizică trebuie să aibă capacitate de exercițiu deplină, astfel că aceasta nu poate constitui o condiție distinctă pentru dobândirea calității analizate, cel puțin pentru motivul că acest statut se obține, așa cum am arătat mai sus, prin încheierea unor acte juridice a căror realizare valabilă, potrivit legii (în sensul de a produce efecte juridice), presupune capacitatea contractantului. De altfel, actele juridice pot fi încheiate și prin reprezentant, nu numai direct de către persoana în cauză, iar art. 13 C. com. permitea minorului fără capacitate de exercițiu, care a dobândit în orice mod (spre exemplu, prin moștenire) un fond de comerț, să continue comerțul prin reprezentanții săi legali (părinți sau tutore)^[4].

^[1] Potrivit art. 1179 NCC, „condițiile esențiale pentru validitatea unui contract sunt: 1. *capacitatea de a contracta*; 2. *consimțământul părților*; 3. un obiect determinat și licit; 4. o cauză licită și morală”.

^[2] M. Bojincă, *Drept civil român. Teoria generală*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2005, p. 112.

^[3] Art. 5 alin. (3) din Decretul nr. 31/1954 prevedea următoarele: „Capacitatea de exercițiu este capacitatea persoanei de a-și exercita drepturile și de a-și asuma obligații, săvârșind acte juridice”; ca urmare a abrogării acestui decret, NCC, în art. 37, statuează următoarele: „Capacitatea de exercițiu este aptitudinea persoanei de a încheia singură acte juridice valabile”.

^[4] În conformitate cu art. 13 C. com., „tatăl sau mama care exercită puterea părintească sau, în lipsa lor, tuturul, nu pot continua comerțul în interesul unui minor dacă nu vor fi autorizați, cel dintâi de tribunalul civil

În concepția legiuitorului român, incapacitatea minorului privea doar începerea unui comerț, nu și continuarea lui în numele său și, întrucât comerțul era continuat în numele minorului, doctrina a stabilit că, prin săvârșirea faptelor de comerț, minorul dobânda calitatea de comerciant, iar nu părintele sau tutorele, astfel că, în caz de insolvență, minorul era supus procedurii falimentului, numai sancțiunile penale pentru infracțiunile săvârșite în cursul procedurii urmau a fi aplicate reprezentantului, deoarece ele privesc persoana care a comis fapta prevăzută de legea penală^[1].

1.4. Întreprinderile familiale

20. Orice persoană fizică, cetățean român sau cetățean al unui alt stat membru al Uniunii Europene ori al Spațiului Economic European, poate desfășura activități economice fie individual și independent, ca persoană fizică autorizată, fie ca întreprinzător titular al unei întreprinderi individuale^[2], fie ca membru al unei întreprinderi familiale.

Potrivit Decretului-lege nr. 54/1990^[3], în scopul satisfacerii cerințelor de bunuri și servicii în țara noastră se puteau organiza, prin liberă inițiativă, întreprinderi mici, asociații cu scop lucrativ, asociații familiale, activități prestate de persoane fizice în mod independent.

Odată cu apariția Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale, prevederile Decretului-lege menționat referitoare la întreprinderile mici și asociațiile cu scop lucrativ cu personalitate juridică au fost abrogate, iar respectivele entități colective s-au putut transforma în societăți comerciale în termen de 9 luni de la intrarea în vigoare a legii. Sub acest aspect, actualul art. 290 din Legea nr. 31/1990 statuează următoarele: „(1) Întreprinderile mici și asociațiile cu scop lucrativ, persoane juridice, înființate în baza Decretului-lege nr. 54/1990 privind organizarea și desfășurarea unor activități economice pe baza liberei inițiative și reorganizate, până la data de 17 septembrie 1991, în una dintre formele de societate prevăzute de art. 2 din prezenta lege își vor putea continua activitatea. (2) Ele sunt succesoare de drept ale întreprinderilor mici sau ale asociațiilor cu scop lucrativ din care provin”.

Asociațiile familiale înființate în temeiul Decretului-lege nr. 54/1990 și-au putut continua activitatea potrivit acestui act normativ, iar în prezent asemenea entități sunt autorizate în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale^[4]. Din analiza dispozițiilor acestei ordonanțe de urgență se

și cel de al doilea prin încheierea consiliului de familie omologată de tribunal. Actul de autorizare va fi afișat și publicat conform art. 10”.

^[1] I.N. Fîntescu, op. cit., vol. I, p. 86; I.L. Georgescu, *De drept comercial român (...)*, p. 467.

^[2] Art. 26 din O.U.G. nr. 44/2008 statuează că „persoana fizică titulară a întreprinderii individuale răspunde pentru obligațiile sale cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul, iar în caz de insolvență, va fi supusă procedurii simplificate prevăzute de Legea nr. 85/2006, cu modificările ulterioare”; în prezent, toate trimiterile din alte acte normative la Legea nr. 85/2006 se consideră a fi făcute la Codul insolvenței.

^[3] Decretul-lege nr. 54/1990 privitor la organizarea și desfășurarea unor activități economice pe baza liberei inițiative (M. Of. nr. 20 din 6 februarie 1990) a fost abrogat prin Legea nr. 507/2002, care, la rândul său, este abrogată prin Legea nr. 300/2004 și acest din urmă act normativ fiind, în prezent, abrogat prin O.U.G. nr. 44/2008.

^[4] În conformitate cu art. 39 din O.U.G. nr. 44/2008, „(1) Procedurile desfășurate potrivit Legii nr. 300/2004, cu modificările și completările ulterioare, se vor finaliza potrivit prevederilor legii aplicabile la data inițierii acestora. (2) Persoanele fizice și asociațiile familiale autorizate și înregistrate în registrul comerțului în temeiul unor acte normative anterioare prezentei ordonanțe de urgență pot funcționa în baza certificatului de

poate deduce că persoanele fizice au dreptul să desfășoare activități economice atât în mod individual și independent, ca persoane fizice autorizate ori ca întreprinzători titulari ai unei întreprinderi individuale, cât și ca membri ai unei *întreprinderi familiale*.

Persoanele fizice, cetățeni ai unui alt stat membru al Uniunii Europene ori ai Spațiului Economic European, care desfășoară o activitate economică autorizată și recunoscută într-un alt stat membru, în forme similare cu cele prevăzute de O.U.G. nr. 44/2008, pot fi autorizate să desfășoare pe teritoriul României aceleași tipuri de activități pentru care au fost autorizate în acel alt stat, cu respectarea dispozițiilor art. 1 și art. 3 din ordonanță. Prin cele două articole menționate, legiuitorul român a statuat expres că actul normativ nu se aplică *profesiilor liberale*, precum și acelor activități economice a căror desfășurare este organizată și reglementată prin legi speciale. De asemenea, reglementarea nu se aplică acelor activități economice pentru care legea a instituit un regim juridic special, anumite restricții de desfășurare sau alte interdicții, precum și în cazul serviciilor prestate în contextul libertății de prestare transfrontalieră a serviciilor, astfel cum este ea prevăzută la art. 49 din Tratatul de instituire a Comunității Europene^[1]. Activitățile de formare profesională prin ucenicie la locul de muncă se autorizează în condițiile legii speciale.

Ca atare, activitățile economice pot fi desfășurate de către persoanele fizice autorizate în toate domeniile, meseriile, ocupațiile sau profesiile pe care legea nu le interzice în mod expres pentru libera inițiativă.

21. Întreprinderea familială se înființează la inițiativa unei persoane fizice și se constituie din doi sau mai mulți membri ai familiei acestuia, prin familie înțelegându-se, potrivit art. 2 lit. d) din ordonanță, soțul, soția, copiii acestora care au împlinit vârsta de 16 ani la data autorizării, precum și rudele și afinii până la gradul al patrulea inclusiv. Membrii unei *întreprinderi familiale* pot fi simultan persoane fizice autorizate sau titulari ai unor întreprinderi individuale. De asemenea, aceștia pot cumula și calitatea de salariat al unei terțe persoane care funcționează atât în același domeniu, cât și într-un alt domeniu de activitate economică decât cel în care și-au organizat respectiva întreprindere.

Întreprinderea familială se înființează printr-un acord de constituire, încheiat de membrii familiei în formă scrisă *ad validitatem*. Acest acord va stipula, sub sancțiunea nulității absolute, numele și prenumele membrilor, reprezentantul, data întocmirii, participarea fiecărui membru la întreprindere, condițiile participării, cotele procentuale în care vor împărți veniturile nete ale întreprinderii, raporturile dintre membrii întreprinderii și condițiile de retragere. Reprezentantul desemnat prin acordul de constituire va

înregistrare, emis de oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunal, o perioadă de 2 ani de la data intrării în vigoare a prezentei ordonanțe de urgență. (3) Până la împlinirea termenului de 2 ani, persoanele prevăzute la alin. (2) vor opta pentru desfășurarea activității în una dintre formele prevăzute de prezenta ordonanță de urgență. Dispozițiile cap. II se aplică în mod corespunzător. (4) Persoanele prevăzute la alin. (2) care nu și-au exercitat dreptul de opțiune își încetează activitatea și vor fi radiate din registrul comerțului, din oficiu, fără nicio altă formalitate (...)."

^[1] Art. 49 din Tratatul CE prevedea că, „în conformitate cu dispozițiile ce urmează, se elimină treptat în cursul perioadei de tranziție restricțiile privind libertatea de a presta servicii în cadrul Comunității cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat al Comunității decât cel al beneficiarului serviciilor. Consiliul, hotărând în unanimitate la propunerea Comisiei, poate extinde dispozițiile prezentului capitol la prestatorii de servicii care sunt resortisanți ai unui stat terț și sunt stabiliți în Comunitate”. Fostul art. 49 din TCE corespunde actualului art. 56 din TFUE, care are următorul conținut: „În conformitate cu dispozițiile ce urmează, sunt interzise restricțiile privind libera prestare a serviciilor în cadrul Uniunii cu privire la resortisanții statelor membre stabiliți într-un alt stat membru decât cel al beneficiarului serviciilor. Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară, pot extinde beneficiul dispozițiilor prezentului capitol la prestatorii de servicii care sunt resortisanți ai unui stat terț și sunt stabiliți în cadrul Uniunii”.

gestiona interesele *întreprinderii familiale* în temeiul unei procuri speciale, sub forma unui înscris sub semnătură privată, care se semnează de către toți membrii care au capacitate de exercițiu și reprezentanții legali ai celor cu capacitate de exercițiu restrânsă.

Întreprinderea familială nu are patrimoniu propriu și nu dobândește personalitate juridică prin înregistrarea în registrul comerțului. Prin acordul de constituire, membrii pot stipula constituirea unui patrimoniu de afecțaiune, situație în care, prin acel acord sau printr-un act adițional la acesta, se vor stabili cotele de participare a membrilor la constituirea respectivului patrimoniu^[1]. Dacă există unanimitate, cotele de participare pot fi diferite de cele prevăzute pentru participarea la veniturile nete sau pierderile întreprinderii. Membrii întreprinderii familiale răspund solidar și indivizibil pentru datoriile contractate de reprezentant în exploatarea întreprinderii cu patrimoniul de afecțaiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul, corespunzător cotelor de participare prevăzute în actul de constituire.

Deciziile privind gestiunea curentă se iau de către reprezentantul desemnat prin acordul de constituire. Cu toate acestea, actele de dispoziție asupra bunurilor afectate activității se vor lua cu acceptul majorității simple a membrilor întreprinderii, cu condiția ca această majoritate să includă și acordul proprietarului bunului care va face obiectul actului. În schimb, actele prin care se dobândesc bunuri pentru activitatea întreprinderii familiale se încheie de reprezentant fără autorizarea prealabilă a membrilor, dacă valoarea bunului cu privire la care se încheie actul nu depășește 50% din valoarea bunurilor care au fost afectate întreprinderii prin constituirea unui patrimoniu de afecțaiune și a sumelor de bani aflate la dispoziția întreprinderii la data actului, bunurile dobândite devenind coproprietatea membrilor în cotele prevăzute în acordul de constituire.

Având în vedere că această entitate este o formă asociativă lipsită de personalitate juridică, care nu are un patrimoniu propriu, distinct de patrimoniile membrilor ce o compun, așa cum stipulează expres alin. (1) al art. 30 din O.U.G. nr. 44/2008, doar în cazul în care aceștia au decis constituirea unui patrimoniu de afecțaiune putându-se vorbi de un ansamblu de bunuri, drepturi și obligații ale membrilor întreprinderii familiale, afectate scopului exercitării unei activități economice, constituite ca o fracțiune distinctă a patrimoniului respectivelor persoane fizice, separată de gajul general al creditorilor lor personali; întreprinderea familială nu este un *profesionist*, *profesioniști* fiind, în schimb, de la data înregistrării entității în registrul comerțului, persoanele fizice membre ale întreprinderii.

Pentru a putea desfășura activități economice în *întreprinderi familiale*, persoanele fizice trebuie să obțină o autorizație administrativă și să se înregistreze în registrul comerțului. În acest sens, reprezentantul întreprinderii are obligația să solicite înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării, înainte de începerea activității economice. În situația în care acesta nu formulează cererea în termen de 7 zile de la încheierea acordului de constituire, oricare membru al *întreprinderii familiale* poate să solicite înregistrarea în registrul comerțului și autorizarea funcționării. În toate cazurile, cererea de înregistrare și de autorizare a funcționării trebuie formulată în termen de 15 zile de la încheierea acordului de constituire, în caz contrar fiind necesară perfectarea

^[1] Potrivit art. 2 lit. j) din O.U.G. nr. 44/2008, prin *patrimoniu de afecțaiune* se înțelege „totalitatea bunurilor, drepturilor și obligațiilor persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, afectate scopului exercitării unei activități economice, constituite ca o fracțiune distinctă a patrimoniului persoanei fizice autorizate, titularului întreprinderii individuale sau membrilor întreprinderii familiale, separată de gajul general al creditorilor personali ai acestora”.

unui nou acord. Certificatul de înregistrare, conținând codul unic de înregistrare, certificatul constatator emis în baza declarației pe propria răspundere, precum și alte acte prevăzute de lege, după caz, se eliberează pe baza cererii, însoțite de documentația prevăzută în anexa ordonanței, de către oficiul registrului comerțului de pe lângă tribunalul din județul în care solicitantul își stabilește sediul profesional.

22. Până la apariția O.U.G. nr. 44/2008, dacă în cazul debitorului persoană fizică *comerciant* care acționa individual nu au fost probleme din punctul de vedere al deschiderii procedurii de insolvență, în privința *asociațiilor familiale*^[1] atât în literatura de specialitate, cât și în practica judiciară s-au purtat o serie întreagă de discuții. Aceste entități au fost caracterizate ca forme de exercitare a unei activități comerciale, fără personalitate juridică, înființate în scopul obținerii unui profit^[2]. S-a spus că, neavând personalitate juridică, asociația familială nu are aptitudinea de a-și asuma obligații și de a-și exercita drepturile, iar, întrucât nu are nici patrimoniu propriu, numai voința titularului se manifestă în relațiile cu terții și doar acesta își asumă răspunderea și riscul pentru activitatea comercială desfășurată. De aceea, s-a opinat că doar titularul autorizației administrative eliberate de primar are calitatea de *comerciant*, acesta exercitând comerțul ca oricare alt comerciant persoană fizică^[3].

Înainte de intrarea în vigoare a Codului insolvenței, în literatura de specialitate s-a susținut că procedura colectivă se aplică persoanei fizice din inițiativa căreia s-a înființat asociația sau care o reprezintă în relațiile cu terții, deoarece această persoană, încheind actele juridice în nume propriu, avea calitatea de debitor pentru obligațiile asumate. Săvârșind fapte de comerț în condițiile art. 7 din Codul comercial, reprezentantul *asociației familiale* dobânda calitatea de comerciant și, ca atare, era subiect al procedurii colective, ceilalți membri ai asociației, neefectuând decât acte materiale și nu juridice, nu puteau deveni debitori *comercianți*, în condițiile legii^[4].

De asemenea, s-a arătat că, din moment ce actele juridice și faptele de comerț săvârșite în cadrul *asociației familiale* nu erau acte sau fapte proprii ale entității, datorită lipsei personalității sale juridice și, deci, a lipsei responsabilității juridice proprii, ci acte sau fapte personale ale asociaților, ar însemna că operațiunile unuia sau ale mai multora dintre asociați, care au cauzat starea de insolvență, se vor răsfrânge și asupra celorlalți asociați, care vor deveni responsabili solidar pentru falimentul asociaților lor. Or, o astfel de consecință este inadmisibilă, fiind nu numai ilegală, în lipsa unei reglementări care să permită o atare răspundere solidară (așa cum este cazul, de exemplu, cu asociații într-o societate în nume colectiv), ci și de-a dreptul ilegitimă^[5].

Chiar și sub imperiul legislației anterioare, unii autori au considerat că persoanele fizice pot fi supuse procedurii simplificate a insolvenței în cazul în care desfășoară o activitate comercială în mod individual, iar în situația în care exercită activitatea în cadrul

^[1] Alin. (1) și (2) ale art. 41 din O.U.G. nr. 44/2008 statuează următoarele: „(1) Orice referire conținută în alte acte normative la sintagma «persoană fizică autorizată și/sau asociație familială» va fi considerată ca fiind făcută la sintagma «persoană fizică autorizată, întreprindere individuală și/sau întreprindere familială», după caz. (2) Structura denumirii întreprinderii individuale este aceeași ca și cea a persoanei fizice autorizate”.

^[2] T. Prescure, R. Crișan, Despre cerințele legale privitoare la desfășurarea unor activități economice de către persoanele fizice în lumina noii reglementări a Legii nr. 507/2002, în R.D.C. nr. 5/2003, p. 28.

^[3] Pentru soluții jurisprudențiale, a se vedea D.C. Muntean, Categoriile de subiecte de drept supuse regimului juridic al insolvenței, în Dreptul nr. 1/2005, p. 96.

^[4] St.D. Cârpenaru, Drept comercial român, Ed. All Beck, București, 2005, p. 580-582; St.D. Cârpenaru, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 629.

^[5] Gh. Piperea, op. cit., p. 45.

unei *asociații familiale*, respectiva procedură poate fi aplicată tuturor membrilor asociației care îndeplinesc cerința deplinei capacități de exercițiu pentru dobândirea calității de *comerciant*^[1].

Ca argumente ce au fost aduse în susținerea acestui punct de vedere menționăm următoarele: 1) lipsa personalității juridice a *asociației familiale* și, implicit, a unui patrimoniu propriu, atrage concluzia că în operațiunile desfășurate erau angajate patrimoniile tuturor membrilor asociației; 2) prin aceea că toți membrii asociației săvârșeau fapte de comerț (nu doar simple acte materiale), dacă îndeplineau cerințele legale, ei dobândeau și calitatea de *comerciant*; 3) împrejurarea că numai unul dintre membrii asociației familiale reprezenta entitatea în relațiile cu terții nu ducea la pierderea calității de *comerciant* de către ceilalți membri; 4) ar fi fost inechitabil ca față de creditorii numai reprezentantul entității să răspundă, atâta vreme cât acesta putea să-și „golească” patrimoniul de orice element de activ, cu atât mai mult cu cât Legea nr. 300/2004 nu impunea nicio limită minimă de capital *asociației familiale*, ceea ce înseamnă că un membru împuternicit, de rea-credință, avea posibilitatea de a-și înstrăina bunurile, chiar către ceilalți membri, anterior constituirii asociației; 5) soluția era sustenabilă și prin prisma dreptului procesual civil, deoarece, potrivit art. 41 CPC 1865, „(1) Orice persoană care are folosința drepturilor civile poate să fie parte în judecată. (2) Asociațiile sau societățile care nu au personalitate juridică pot sta în judecată ca pârâte, dacă au organe proprii de conducere”, iar art. 42 statuează că „Persoanele care nu au exercițiul drepturilor lor nu pot sta în judecată decât dacă sunt reprezentate, asistate ori autorizate în chipul arătat în legile sau statutele care rânduiesc capacitatea sau organizarea lor”^[2].

În prezent, în conformitate cu art. 31 din O.U.G. nr. 44/2008, membrii întreprinderii familiale sunt *profesioniști* de la data înregistrării acesteia în registrul comerțului și răspund *solidar și indivizibil* pentru datoriile contractate de reprezentant în exploatarea întreprinderii cu patrimoniul de afecțaiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul, corespunzător cotelor de participare prevăzute în acordul de constituire, nemaiputându-se vorbi, așadar, nici de caracterul ilegal și nici de cel ilegitim al soluției propuse. Iar în final, art. 38 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței stipulează fără echivoc că procedura simplificată se aplică și *asociațiilor familiale și membrilor întreprinderii familiale*.

1.5. Societățile agricole

23. În forma inițială, Legea nr. 64/1995 se aplica exclusiv debitorilor *comercianți* și doar pentru datorii comerciale. Modificări importante au fost aduse prin O.G. nr. 38/2002, prin care, pe de o parte, s-au stabilit care sunt categoriile de debitori care pot fi supuși unei asemenea proceduri judiciare, extinzându-se sfera de aplicare a legii și asupra co-operativelor de consum și meșteșugărești, iar, pe de altă parte, s-au lărgit condițiile în care se putea solicita declanșarea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului, fiind eliminată sintagma „datorii comerciale”, ceea ce înseamnă că, implicit, a fost extinsă și sfera creditorilor care puteau cere deschiderea procedurii (și pentru creanțe fiscale, salariale sau chiar civile).

^[1] În același sens, a se vedea și St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței. Comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 19; A. Avram, Procedura insolvenței. Partea generală, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 48.

^[2] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 19-20.

Din anul 2004, când Legea nr. 64/1995 a fost modificată din nou^[1], legiuitorul român a abandonat concepția tradițională, potrivit căreia procedura colectivă se aplică numai *comercianților*, lărgind domeniul său și la unele categorii de necomercianți – *societățile agricole* și grupurile de interes economic –, iar, ulterior, prin Legea nr. 249/2005, la orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice.

Această schimbare de optică s-a păstrat și în reglementarea dată de Legea nr. 85/2006, care a vizat și unele persoane juridice care, fie în mod tradițional, fie printr-o dispoziție expresă a legii, erau considerate, anterior intrării în vigoare a noului Cod civil, necomercianți. Astfel, pe lângă *societățile agricole* și grupurile de interes economic care nu au ca obiect de activitate săvârșirea de fapte de comerț, procedura insolvenței era aplicabilă și oricărei alte persoane juridice de drept privat care desfășura și activități economice, cum erau, spre exemplu, asociațiile și fundațiile.

Sub acest aspect, Codul comercial francez statuează fără echivoc că procedura de salvagardare este aplicabilă tuturor *comercianților*, tuturor persoanelor înmatriculate în registrul meseriilor, tuturor agricultorilor, tuturor altor persoane fizice care exercită o activitate profesională independentă, inclusiv o *profesie liberală* supusă unui statut sau regulament al cărui domeniu este reglementat de lege, precum și tuturor persoanelor morale de drept privat^[2], potrivit art. L121-1 din același cod, *comercianți* fiind aceia care exercită faptele de comerț ca profesiune obișnuită^[3]. Artizanii sunt persoanele care desfășoară o activitate artizanală sub nume propriu, corespondentul lor în legislația română fiind dat de noțiunea de „meseriaș”, iar agricultorii sunt acele persoane fizice care exercită activități agricole.

Societățile agricole se organizează și funcționează în conformitate cu prevederile Legii nr. 36/1991 privind *societățile agricole* și alte forme de asociere în agricultură^[4], fiind societăți de tip privat, cu capital variabil și un număr nelimitat și variabil de asociați, care au ca obiect exploatarea agricolă a pământului, uneltelor, animalelor și a mijloacelor aduse în societate, precum și realizarea de investiții de interes agricol.

Acest act normativ statuează că proprietarii de terenuri agricole care beneficiază de prevederile Legii fondului funciar nr. 18/1991^[5], precum și alți proprietari de terenuri agricole pot să-și exploateze pământul, nu doar individual, ci și în forme asociative, precum: a) asociațiile simple, fără personalitate juridică, pe bază de înțelegere scrisă ori verbală între două sau mai multe familii, având ca scop exploatarea terenurilor agricole, creșterea animalelor, aprovizionarea, depozitarea, condiționarea, prelucrarea și vânzarea produselor, prestarea unor servicii, precum și alte activități (art. 2) b) societățile cu personalitate juridică, constituite potrivit dispozițiilor Legii nr. 31/1990 (art. 3);

^[1] Este vorba despre Legea nr. 149/2004, publicată în M. Of. nr. 424 din 12 mai 2004.

^[2] Articolul L620-2 din *Code de commerce* are următorul cuprins: „La procédure de sauvegarde est applicable à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé”. Acesta poate fi consultat la: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jessionid=B7FC8C2D466C58E5CCAFA08A475D016B.tpdjo08v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006133197&cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20140908.

^[3] În conformitate cu art. L121-1 din *Code de commerce*, „sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle”.

^[4] M. Of. nr. 97 din 6 mai 1991.

^[5] Legea nr. 18/1991 publicată în M. Of. nr. 37 din 20 februarie 1991, a fost republicată în M. Of. nr. 1 din 5 ianuarie 1998, cea mai recentă modificare fiindu-i adusă prin O.U.G. nr. 34/2013 (M. Of. nr. 267 din 13 mai 2013).

c) *societățile agricole*, cu personalitate juridică, constituite în conformitate cu normele legale cuprinse în Titlul II al Legii nr. 36/1991 (art. 5 și urm.)^[1].

Prevederile Legii nr. 36/1991 consacră, în art. 3, că actele și operațiunile de exploatare a terenurilor agricole de către o societate constituită în condițiile Legii nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, au caracter comercial. Așadar, în concepția Legii nr. 36/1991, exploatarea terenurilor agricole putea avea caracter comercial sau civil, după caz, în funcție de forma juridică a societății.

De lege lata, societățile agricole sunt menținute în domeniul de reglementare al Codului insolvenței, la fel cum au existat și în domeniul de reglementare al Legii nr. 85/2006, sub imperiul acestui din urmă act normativ literatura de specialitate recentă fiind de părere că, prin aceasta, interesele lor sunt mai bine protejate, cu atât mai mult cu cât pericolul să devină debitori este mai mare în agricultură, deoarece roadele muncii sunt, uneori, la discreția unor factori care depind de hazard^[2]. Același autor consideră că beneficiile acestei soluții inovatoare constau în aceea că întreprinderea agricolă, organizată ca societate, este avantajată prin aplicarea procedurii concursuale, comparativ cu situația anterioară, când averea sa era executată silit exclusiv conform prevederilor Codului de procedură civilă; reglementarea procedurii insolvenței, deși nu-i oferă contestația la titlu sau la executarea propriu-zisă, îi oferă însă posibilitatea de a beneficia de suspendarea din oficiu a acțiunilor judiciare și extrajudiciare pentru realizarea creanțelor (art. 36) și de a propune un plan de reorganizare (art. 94), avantaje care lipsesc din dreptul comun^[3].

1.6. Grupurile de interes economic și grupurile europene de interes economic

24. *Grupul de interes economic* este o creație a dreptului francez^[4], născută din nevoia de a face față concurenței internaționale, făcând obiectul Ordonanței nr. 67-821 din 23 septembrie 1967.

În peisajul juridic românesc aceste entități au fost introduse prin Titlul V al Legii nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției^[5] și, până în prezent, nu au cunoscut o dezvoltare semnificativă^[6].

Grupul de interes economic reprezintă o asocieră între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituită pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective [art. 118 alin. (1)]. El reprezintă o structură care, respectând independența membrilor, permite realizarea unor acțiuni comune mai eficiente decât simplele colaborări contractuale, grație personalității juridice a grupului^[7].

^[1] Pentru dezvoltări, a se vedea D. Clocotici, *Societățile agricole comerciale și necomerciale*, în *Dreptul* nr. 12/1991, p. 16 și urm.; M. Toma, Al. Țiclea, *Formele de asociere în agricultură reglementate prin Legea nr. 36/1991*, în *Dreptul* nr. 7/1991, p. 21 și urm.

^[2] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 38.

^[3] *Ibidem*.

^[4] Y. Guyon, op. cit., vol. I, p. 507.

^[5] M. Of. nr. 279 din 21 aprilie 2003.

^[6] Pentru o prezentare generală, a se vedea M. Buzilă, O. Ciurea, *Grupurile de interes economic în legislația română. Aspecte generale*, în R.D.C. nr. 7-8/2003, p. 254 și urm.

^[7] St.D. Cărpănu, *Drept comercial român (...)*, ed. a 7-a, p. 397.

Regulile prevăzute de Legea nr. 161/2003, după care se constituie și funcționează aceste entități, sunt asemănătoare cu cele din materia societăților, consacrate în Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare. Astfel, ele au ca organe care fac parte din structura lor organizațională și funcțională adunarea generală a membrilor grupului, administratorul *grupului de interes economic* și, în unele cazuri, cenzorul, întrucât legea nu impune desemnarea acestuia, membrii având dreptul de a se informa asupra gestiunii și de a controla activitatea desfășurată prin consultarea documentelor referitoare la evidența activității grupului. De asemenea, membrii *grupului de interes economic* răspund nelimitat pentru obligațiile grupului și solidar, în lipsa unei stipulații contrare, cu terții cocontractanți, ceea ce face ca, în caz de insolvență, membrii să aibă o situație similară cu cea a asociaților din societățile de persoane.

În funcție de obiectul său de activitate, *grupul de interes economic* putea avea sau nu calitatea de *comerciant*. Astfel, numai dacă actele și operațiunile pe care le realiza grupul erau fapte de comerț, entitatea asociativă avea calitatea de comerciant (art. 118, coroborat cu art. 127).

Grupul european de interes economic era definit de lege ca și grupul român de interes economic, adică o asocierie între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituită pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii ori dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective. Ceea ce le caracterizează, însă, este faptul că membrii lor pot fi numai: a) persoane juridice de drept public sau de drept privat care au fost înființate în conformitate cu legislația unui stat membru al Uniunii Europene și care își au sediul social, precum și centrul principal de conducere și de gestiune a activității pe teritoriul unui stat membru; b) persoane fizice care desfășoară activități industriale, comerciale, meșteșugărești sau agricole ori care furnizează servicii profesionale sau de altă natură pe teritoriul unui stat din Uniunea Europeană (art. 233, în prezent abrogat).

Asemenea entități pot înființa în România filiale, precum și sucursale, reprezentanțe sau alte unități fără personalitate juridică, înființarea filialelor și a sucursalelor fiind supusă dispozițiilor referitoare la înmatricularea, menționarea și publicarea în registrul comerțului a actelor și faptelor cerute pentru grupurile de interes economic române. Ar mai trebui spus că grupul european de interes economic nu este supus autorizării prevăzute de Decretul-lege nr. 122/1990 privind autorizarea și funcționarea în România a reprezentanțelor societăților comerciale și organizațiilor economice străine^[1], cu modificările și completările ulterioare.

1.7. Orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice

25. Potrivit art. 3 alin. (1) din Codul insolvenței, procedurile prevăzute de prezenta lege se aplică *profesioniștilor*, astfel cum sunt definiți de art. 3 alin. (2) NCC, cu excepția celor care exercită *profesii liberale*, precum și a celor cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor.

Printr-o asemenea formulare generică este evident faptul că legiuitorul român a urmărit să *extindă* aplicarea procedurii de executare colectivă tuturor acelor care exploatează o întreprindere.

^[1] M. Of. nr. 54 din 25 aprilie 1990.

De aceea, inițial, prin Legea nr. 249/2005, de modificare a Legii nr. 64/1995, a inclus în domeniul ei de aplicare *orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice*^[1], ceea ce constituia un real progres, având în vedere faptul că în alte state, cum ar fi Franța, procedura insolvenței se aplică atât artizanilor și agricultorilor, cât și persoanelor fizice care exercită o activitate profesională independentă, inclusiv o *profesie liberală* supusă unui statut sau regulament al cărui domeniu este reglementat de lege^[2].

În acord cu punctele de vedere exprimate în literatura de specialitate^[3] și în lumina prevederilor art. 3 alin. (1) din Codul insolvenței, prevederi care extind categoriile de subiecți ai procedurii insolvenței, în această categorie pot fi incluse *asociațiile și fundațiile înființate în temeiul O.G. nr. 26/2000*^[4], cu modificările și completările ulterioare, care desfășoară activități economice directe cu caracter accesoriu și în strânsă legătură cu scopul lor principal.

Într-adevăr, potrivit art. 48 din ordonanță, *asociațiile și fundațiile pot desfășura activități economice directe, dacă acestea au caracter accesoriu și sunt în strânsă legătură cu scopul principal al persoanei juridice, veniturile rezultate fiind necesar să fie orientate spre atingerea scopului nonprofit al organizației, și nu spre membrii săi. De asemenea, conform art. 47, aceste entități pot înființa societăți cu personalitate juridică în condițiile Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, ale căror dividende, dacă nu se reinvestesc în aceleași societăți, se folosesc în mod obligatoriu pentru realizarea scopului asociației sau fundației. Așadar, asociațiile și fundațiile pot desfășura activități economice fie în mod direct, fie în mod indirect, prin înființarea unei societăți comerciale.*

În legătură cu aplicarea procedurii de insolvență față de aceste persoane juridice trebuie subliniat că O.G. nr. 26/2000, cu modificările ulterioare, interzice distribuirea fondurilor rezultate din lichidare sau a activelor rămase în urma lichidării către membrii asociației sau fundației. Astfel, chiar dacă în urma îndestulării creditorilor care s-au înscris la masa credală ar mai rămâne fonduri sau active, excedentul nu va fi repartizat asociaților, ci va fi distribuit unei alte fundații sau asociații cu scop asemănător.

Unii autori apreciau că în categoria „orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice” intrau și *cooperativele agricole* reglementate potrivit Legii nr. 566/2004^[5], deoarece acestea se înființează și desfășoară activități comerciale, potrivit art. 7, în timp ce uniunile de ramură, federațiile și Uniunea Centrală a Cooperativelor Agricole nu pot fi subiecte ale procedurii insolvenței pentru simplul

^[1] Aceasta, contrar celor susținute de unii autori care consideră că, pentru prima dată în legislația română, prin Legea nr. 85/2006 se prevede că procedura insolvenței se aplică nu numai comercianților, ci și altor persoane juridice de drept privat care desfășoară activități economice – a se vedea, în acest sens, S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, *Drept comercial*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 246.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea G. Hubrecht, A. Couret, J.J. Barbieri, *Droit commercial*, Ed. Sirey, Paris, 1988, p. 285-331, precum și A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation. Les procédures collectives de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, 5^e éd., Ed. Litec, Paris, 2007, p. 77-80.

^[3] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 39-40; St.D. Cărpănu, *Drept comercial român (...)*, ed. a 7-a, p. 626; Gh. Piperea, op. cit., p. 52; St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca, *Noua lege a insolvenței (...)*, p. 12; N. Tădăreanu, *Domeniul de aplicare al procedurii insolvenței*, în Phoenix nr. 15/2006, p. 15; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 34-35.

^[4] O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații (M. Of. nr. 39 din 31 ianuarie 2000), a fost aprobată, cu modificări și completări, prin Legea nr. 246/2005 (M. Of. nr. 656 din 25 iulie 2005); pentru o tratare monografică, a se vedea V. Dănilă, *Legislația asociațiilor și fundațiilor. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2005.

^[5] Legea nr. 566/2004 privind cooperarea agricolă (M. Of. nr. 1236 din 22 decembrie 2004) a fost modificată cel mai recent prin Legea nr. 187/2012 (M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012).

motiv că sunt constituite ca persoane juridice nonprofit, care au rolul de a sprijini cooperativele afiliate, fără a desfășura activități economice, și numai în măsura în care vor efectua asemenea activități în mod direct, cu caracter accesoriu și în strânsă legătură cu scopul principal, ele vor intra în domeniul de aplicare al legii^[1].

Considerăm că aceste *cooperative agricole* nu pot fi subiecte ale procedurii colective, dat fiind faptul că societatea cooperativă este o formă a organizației cooperatiste, iar *cooperativele agricole*, deși reglementate printr-o lege specială, sunt, în esență, *societăți cooperative*, adică forme asociative de tip privat prin care se realizează cooperarea, al căror regim juridic, de altfel, îl și împrumută în mare măsură.

26. În literatura juridică relativ recentă se susține că o altă categorie de persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice, prezentă din ce în ce mai mult în mediul de afaceri, o reprezintă *asociațiile și cluburile sportive*, entități care încasează drepturi de televizare, diverse sponsorizări, premii competiționale, sume rezultate din transferurile de jucători, din materiale promoționale, din organizarea de campionate etc., încasări care ajung de multe ori la valori exorbitante. În aceste condiții, aflându-ne în prezența unei adevărate industrii, activitatea sportivă devenind doar pretextul pentru care s-au pus bazele acestei industrii, este imperios necesar ca procedura de insolvență să li se aplice și acestora^[2].

Tot în doctrină s-a arătat că în această categorie pot intra și *casele de ajutor reciproc, asociațiile pensionarilor, organizațiile sindicale, organizațiile patronale* etc.^[3] Organizarea și funcționarea *caselor de ajutor reciproc* este reglementată de Legea nr. 122/1996^[4], ele fiind asociații fără scop patrimonial, constituite pe baza liberului consimțământ al salariaților, în vederea sprijinirii și întrajutorării financiare a membrilor, obiectul lor de activitate constituindu-l acordarea de împrumuturi cu dobândă către aceștia.

Având în vedere că, potrivit art. 5 din acest act normativ, *casele de ajutor reciproc* ale salariaților și uniunile acestora se constituie, se organizează și funcționează ca persoane juridice potrivit dispozițiilor Legii nr. 122/1996, modificate, precum și ale O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații, este fără îndoială că ele cad sub incidența procedurii insolvenței, asemenea asociațiilor și fundațiilor.

Situația este asemănătoare și în ceea ce privește *asociațiile pensionarilor*, al căror regim juridic este conturat de Legea nr. 502/2004^[5]. În conformitate cu prevederile acestui act normativ, pensionarii, indiferent de sistemul de asigurări sociale căruia îi aparțin, în vederea apărării drepturilor și a promovării intereselor lor economice, sociale, culturale, sportive și altele, fără nicio îngrădire sau autorizare prealabilă, pot constitui asociații proprii.

Asociația pensionarilor este persoană juridică de drept privat, autonomă, neguvernamentală, fără scop patrimonial și apolitică, mai multe asociații (dar nu mai puțin de 10) putându-se constitui într-o federație. Articolul 30 din lege conferă asociațiilor de pensio-

^[1] N. Tădăreanu, art. cit., p. 15.

^[2] Gh. Piperea, op. cit., p. 55-56.

^[3] G. Ungureanu, D. Rohnean, Considerații teoretice privind modificările legislative intervenite în procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în R.D.C. nr. 4/2006, p. 55.

^[4] Legea nr. 122/1996 privitoare la regimul juridic al caselor de ajutor reciproc ale salariaților și al uniunilor acestora, republicată în M. Of. nr. 261 din 22 aprilie 2009, a suferit mai multe modificări prin Legea nr. 135/2003 (M. Of. nr. 267 din 17 aprilie 2003), O.U.G. nr. 74/2003 (M. Of. nr. 629 din 3 septembrie 2003) aprobată prin Legea nr. 186/2004 (M. Of. nr. 466 din 25 mai 2004).

^[5] Legea nr. 502/2004 privind asociațiile pensionarilor (M. Of. nr. 1092 din 24 noiembrie 2004).

nari posibilitatea de a desfășura orice alte activități economice directe, dacă acestea au caracter accesoriu și sunt în strânsă legătură cu scopul principal al asociației, veniturile realizate putând servi numai pentru atingerea scopului nonprofit, motiv pentru care considerăm că le este aplicabil Codul insolvenței.

Suntem de părere că și *organizațiile sindicale*, federațiile și confederațiile sindicale, precum și uniunile lor teritoriale, a căror organizare și funcționare este reglementată prin Legea nr. 62/2011 a dialogului social^[1], sunt supuse procedurii colective, în măsura în care desfășoară activități economice directe.

Organizațiile sindicale sunt asocieri între mai multe persoane fizice constituite în scopul apărării drepturilor prevăzute în legislația națională, în pactele, tratatele și convențiile internaționale la care România este parte, precum și în contractele colective de muncă și promovării intereselor profesionale, economice, sociale și culturale și sportive ale membrilor acestora. În conformitate cu art. 25 lit. d) din lege, organizațiile sindicale pot să înființeze, în interesul membrilor lor, unități sociale, de cultură, învățământ și cercetare în domeniul activității sindicale, societăți comerciale, de asigurări, precum și bancă proprie.

Patronatele, al căror regim juridic este stabilit prin aceeași lege a dialogului social, sunt organizații ale patronilor, autonome, fără caracter politic, înființate ca persoane juridice de drept privat, fără scop patrimonial, constituite pe sectoare de activitate, teritorial sau la nivel național. Și aceste entități, potrivit art. 62 alin. (1) lit. j) din actul normativ menționat, pot înființa și administra, în condițiile legii, în interesul membrilor lor, unități sociale, de cultură, învățământ și cercetare în domeniul propriu de interes, societăți comerciale, de asigurări, precum și bancă proprie.

27. Referitor, însă, la *partidele politice*^[2], întrucât acestea sunt persoane juridice de drept public, considerăm că procedura insolvenței nu le poate fi aplicată, partidele fiind asociații cu caracter politic ale cetățenilor români cu drept de vot, care participă în mod liber la formarea și exercitarea voinței lor politice, îndeplinind o misiune publică garantată de Constituție.

Nu în ultimul rând, nu intră în domeniul de aplicare al Codului insolvenței nici *profesiile liberale* exercitate de avocați, notari, medici, auditori financiari, consultanți fiscali, experți contabili, contabili autorizați, arhitecți, practicieni în insolvență sau alte profesii reglementate, desfășurate în mod independent, în condițiile legilor speciale, atâta vreme cât aceste categorii de persoane exercită activități profesionale de interes public, și nu activități economice^[3].

Codul insolvenței, în art. 3 alin. (1), statuează fără echivoc că „procedurile prevăzute de prezenta lege se aplică profesioniștilor, astfel cum sunt definiți la art. 3 alin. (2) din

[1] Republicată în M. Of. nr. 322 din 10 mai 2011 și, ulterior, în M. Of. nr. 625 din 31 august 2012.

[2] Legea nr. 14/2003 a fost republicată în M. Of. nr. 347 din 12 mai 2014.

[3] A se vedea, sub imperiul Legii nr. 85/2006, G. Ungureanu, D. Rohnean, art. cit., p. 57; în sens contrar, sub imperiul aceluiași act normativ, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 55; asupra perspectivei includerii acestor categorii între subiectele procedurii insolvenței, a se vedea V. Pătulea, Sfera de aplicabilitate a prevederilor Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în Dreptul nr. 2/2005, p. 58; nici în dreptul francez, până la apariția Legii de salvare a întreprinderilor, sfera persoanelor care, deși nu aveau calitatea de comerciant, intrau totuși sub incidența Legii nr. 85-98 din 25 ianuarie 1985, nu îngloba categoriile care exercitau profesii liberale – a se vedea, pentru dezvoltări, J. Mestre, M.E. Pancrazi, Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international, 26^e éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 2003, p. 829-830.

Codul civil, cu excepția celor care exercită profesii liberale, precum și a celor cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor”.

În ceea ce privește cealaltă excepție, în opinia noastră, nu poate fi vorba decât de unitățile administrativ-teritoriale, pentru reglementarea situației cărora a fost adoptată O.U.G. nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale^[1], câtă vreme, prin alin. (2) al art. 3 din Codul insolvenței, se prevede expres că procedura prevăzută de prezenta lege se aplică și regiilor autonome.

Tot Codul insolvenței stabilește că această procedură judiciară nu este aplicabilă unităților și instituțiilor de învățământ preuniversitar, universitar și entităților prevăzute de art. 7 din O.G. nr. 57/2002 privind cercetarea științifică și dezvoltarea tehnologică, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 324/2003, cu modificările și completările ulterioare^[2].

§2. Profesioniștii neautorizați

28. Chiar dacă nici Legea nr. 287/2009 și nici Legea nr. 71/2011 nu conțin o definiție sintetică a *profesionistului* (care este definit doar prin raportare la întreprindere) sau criterii exprese de identificare a acestuia, în raport de alți participanți la raporturile juridice civile, din analiza sistematică și spiritul noii reglementări au rezultat cele trei trăsături definitorii ale acestei noi categorii juridice, deja menționate^[3]: a) exercițiul continuu și sistematic al unei activități, pentru care persoana în cauză își asumă un risc propriu; b) obligația de înscriere în registre publice de evidență (pentru opozabilitate față de terți); c) existența unui patrimoniu afectat exploatarei întreprinderii (patrimoniu social sau patrimoniu de afecțiune, după caz), lipsa vreuneia dintre aceste condiții ducând la imposibilitatea calificării acelei persoane ca fiind un *profesionist*.

Tocmai de aceea, Codul insolvenței a prevăzut, în art. 38 alin. (2) lit. f), că *procedura simplificată* se aplică și oricărei persoane care desfășoară activități specifice profesioniștilor, dar care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate, aplicarea procedurii insolvenței față de aceste persoane neexcluzând sancțiunile aplicabile pentru lipsa autorizării sau înregistrării respectivei persoane.

Chiar înainte de intrarea în vigoare a Codului insolvenței, jurisprudența^[4] a stabilit posibilitatea deschiderii procedurii de insolvență împotriva unui *comerciant* care nu îndeplinea condițiile și formalitățile necesare pentru legala efectuare a actelor de comerț, dar care îndeplinea caracterul obiectiv al comercialității, adică efectuarea în mod obișnuit a actelor de comerț. A fost reținut, astfel, că nici în sistemul Codul comercial și nici în Legea nr. 300/2004 sau în Legea nr. 26/1990 nu se condiționa dobândirea calității de comerciant de către o persoană fizică de înregistrarea în registrului comerțului sau de efectuarea vreunei alte formalități.

De asemenea, instanțele au condus mai departe raționamentul juridic, arătând faptul că, și în sistemul noului Cod civil, legiuitorul a inclus în sfera persoanelor a căror

^[1] M. Of. nr. 299 din 24 mai 2013.

^[2] O.G. nr. 57/2002 (M. Of. nr. 643 din 30 august 2002) a fost aprobată prin Legea nr. 324/2003 (M. Of. nr. 514 din 16 iulie 2003, suferind, ulterior, mai multe modificări).

^[3] A se vedea, în acest sens, *supra*, Secțiunea a 2-a, §1. Profesioniștii.

^[4] C.A. Cluj, s. a II-a civ., de cont. adm. și fisc., dec. civ. nr. 4157 din 21 mai 2012, în BPI nr. 10025 din 13 iulie 2012.

activitate trebuie guvernată de normele indicate nu doar pe acele persoane care au respectat exigențele legii și s-au înregistrat, ci și pe acele persoane care nu au respectat dispozițiile legale, deși erau vizate de acestea, fiindu-le impusă înregistrarea. Mai mult decât atât, instanțele au procedat și la o interpretare justă a includerii acestei categorii de comercianți – de fapt – persoane fizice în cadrul procedurii simplificate, fără posibilitatea *reorganizării*, ceea ce a condus, în opinia comercianților vizati, la o situație mult mai grea față de oricare dintre debitorii vizati de procedură, cu motivarea tranșantă în sensul că o astfel de procedură simplificată, în întregul său, a fost reglementată tocmai pentru a sancționa nerespectarea exigențelor legale.

Secțiunea a 3-a. Insolvența debitorului

29. Încă din vechiul drept roman procedura de *executare colectivă* a fost aplicată numai debitorilor care aveau dificultăți financiare, această caracteristică menținându-se până în zilele noastre. Atâta vreme cât un debitor își achită la scadență datorile asumate, creditorii nu au niciun interes să solicite instanței judecătorești competente aplicarea procedurii insolvenței, indiferent dacă datornicul este sau nu o persoană solvabilă, adică în patrimoniul său predomină elementele de activ ori cele de pasiv.

Din acest punct de vedere, Codul comercial român, în art. 695, se referea la „încetarea plăților” de către un *comerciant*, noțiune preluată inițial și de fosta Lege a reorganizării și lichidării judiciare. În urma modificărilor aduse prin O.G. nr. 38/2002, scopul legii a fost reformulat și în locul sintagmei „încetare de plăți” a fost introdusă noțiunea de „insolvență”, concept preluat și de actuala reglementare. Starea de insolvență este, așadar, elementul esențial care impune sau, după caz, permite deschiderea procedurii de executare colectivă.

De lege lata, noțiunea de insolvență beneficiază de o definiție legală, cuprinsă în art. 5 pct. 29 din Codul insolvenței, ceea ce asigură stabilitate conținutului condiției esențiale pentru aplicarea procedurii insolvenței și, totodată, permite determinarea momentului intervenției instanței de judecată în activitatea debitorului^[1]. Într-adevăr, începerea prematură a procedurii insolvenței poate aduce grave prejudicii în activitatea debitorului, după cum o deschidere tardivă a acesteia poate compromite șansele de reușită a implementării unui plan viabil de reorganizare judiciară și chiar realizarea creanțelor creditorilor constituiți în masa credală^[2].

Prin insolvență se înțelege „acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datorilor certe, lichide și exigibile”. Din definiția legală se poate deduce cu ușurință că cele două caracteristici esențiale ale insolvenței sunt reprezentate de insuficiența fondurilor bănești disponibile în patrimoniul debitorului și neplata datorilor scadente, certe și lichide, cauzată de lipsa lichidităților.

Așadar, insolvența nu se caracterizează prin starea de fond generală proastă a afacerilor profesionistului în cauză sau existența unui pasiv mai mare decât activul patrimonial al debitorului chemat în judecată, adică *insolvabilitatea* sa, ci printr-o lipsă a fondurilor bănești necesare pentru acoperirea datorilor certe, lichide și exigibile. Încetarea plăților trebuie să aibă un caracter de *generalitate* și să constituie indiciul exterior și manifes-

[1] St.D. Cărpănu, *Drept comercial român (...)* ed. a 7-a, p. 631.

[2] Y. Guyon, *op. cit.*, p. 134-140.

tarea dezordinii și neputinței profesionistului de a executa obligațiile scadente, certe și lichide asumate, de unde rezultă că aceasta trebuie privită ca un fapt complex supus interpretării și aprecierii judecătorului-sindic.

Sub acest aspect, atât în literatura de specialitate, cât și în practica judiciară s-a făcut o delimitare clară între conceptul de „insolvență” și cel de „insolvabilitate”, trasarea unei asemenea linii de demarcație impunându-se și datorită faptului că nu puțini dintre debitori contestau împrejurarea că s-ar afla în stare de insolvență, invocând existența în patrimoniul lor a unor active prin a căror valorificare s-ar fi putut obține acoperirea creanței reclamate de creditori.

În doctrina interbelică încetarea plăților a fost definită ca fiind starea unui comerciant, ce se manifestă în exterior, în sensul că se găsește în neputință de a plăti pe creditorii^[1]. În jurisprudența vremii s-a arătat că legiuitorul condiționează deschiderea procedurii falimentare de existența încetării plăților, adică de faptul material al neputinței comerciantului de a plăti la termen datoriile sale comerciale. În tăcerea legii asupra întinderii și cuprinsului noțiunii de „încetare de plăți”, judecătorilor le aparține competența ca, din contingențele de fapt, să aprecieze în mod suveran elementele din care ea poate fi dedusă, fiind neîndoielnic că această stare trebuie să fie efectivă, reală și manifestată prin semne pozitive și exterioare, care să denote că debitorul este în neputință de a mai continua mersul firesc al exploatării afacerii sale și că patrimoniul său se prezintă în neputință de a face față datoriilor. Această stare trebuie să fie generală, efectivă și permanentă, fiindcă numai în acest mod se învederează insolvența patrimonială a comerciantului, insolvență care se deosebește atât de simpla jenă momentană, cât și de insolvabilitate, prin faptul că implică discreditul comerciantului aflat în încetare de plăți. *Falimentul* nu este o cale ordinară de *executare silită*, ci dimpotrivă, o excepțiune care nu se poate produce decât în acele cazuri când neexecutarea obligațiunii din partea debitorului reflectă o stare generală de insolvență a patrimoniului său. A se admite teza contrară ar însemna ca falimentul să fie o simplă procedură de executare, ceea ce nu este nici în tradiția, nici în spiritul acestei instituții, a cărei aplicare a fost întotdeauna subordonată constatării, în prealabil, a stării de încetare de plăți^[2].

30. După apariția Legii nr. 64/1995, s-a învederat că *insolvabilitatea* este o stare a patrimoniului în care pasivul întrece activul, în timp ce insolvența este o stare de dezechilibru financiar bazată pe lipsa de lichidități, pe lipsa de credit a *comerciantului*, starea de insolvență fiind independentă de starea de insolvabilitate, putând exista insolvență atât în situația în care activul întrece pasivul, cât și în cazul în care pasivul depășește activul. Atâta timp cât comerciantul se bucură de credit și activitatea sa se desfășoară normal, iar creditorii cu creanțe scadente sunt plătiți, nu există insolvență, chiar dacă pasivul patrimonial întrece activul celui patrimoniu^[3].

Într-o opinie similară, s-a susținut că insolvența comercială presupune neplata datoriilor născute din creanțe comerciale ajunse la scadență, de către comerciantul debitor, stare care poate să apară indiferent de raportul valoric dintre activul și pasivul patrimonial, fiind suficient să existe și să se constate o imposibilitate manifestă de plată a datoriilor comerciale. În schimb, insolvabilitatea este o noțiune specifică dreptului civil, desemnând starea deficitară a patrimoniului unui debitor, care se concretizează în de-

[1] I.N. Fiñescu, op. cit., vol. III, p. 32.

[2] C.A. București, s. a III-a, dec. nr. 6 bis din 30 ianuarie 1940, în R.D.C.S.E. nr. 3/1940, p. 208-212.

[3] N. Tândăreanu, op. cit., p. 35.

pășirea valorică a elementelor active de către componentele pasivului, cu consecința imposibilității creditorilor de a obține plata datoriilor exigibile, pe calea *executării silite*^[1].

Această distincție între cele două noțiuni este valabilă și astăzi, în condițiile în care legiuitorul român a înțeles să mențină termenul de „insolvență”, introdus în anul 2002 ca urmare a înlocuirii sintagmei „încetare de plăți”, deși cele două concepte desemnau același lucru: o stare complexă, care consta în imposibilitatea unui debitor de a-și plăti creditorii la scadență^[2].

Codul insolvenței utilizează ambele concepte: potrivit art. 169 alin. (1), „La cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în *stare de insolvență*, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă, să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și de orice alte persoane care au contribuit la *starea de insolvență* a debitorului, prin una dintre următoarele fapte: a) au folosit bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane; b) au făcut activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice; c) au dispus, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la *încetarea de plăți*; d) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea. În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă. Presumpția este relativă; e) au deturnat sau au ascuns o parte din activul persoanei juridice ori au mărit în mod fictiv pasivul acesteia; f) au folosit mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii *încetării de plăți*; g) în luna precedentă *încetării plăților*, au plătit sau au dispus să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori; h) orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la *starea de insolvență* a debitorului, constatată potrivit prevederilor prezentului titlu”.

31. În trecut s-a propus ca și în legislația română să fie cercetată solvabilitatea debitorului, justificat de ideea că sistemul Codului comercial român nu este diferit de cel german, în ce privește concepția elementului obiectiv al statutului patrimonial care legitimează declararea în stare de *failliment*; obârșia comună a instituțiilor de drept falimentar – neolatin sau germanic – fiind admisă unanim ca stabilită și fixată în normele de drept statutar ale cetățitorilor italieni în Evul mediu^[3]. S-a arătat că Ordonanța lui Colbert declara deschis falimentul din ziua în care debitorul (comerciant sau necomerciant) s-a retras (a dispărut) sau i s-au aplicat sigilii pe bunurile sale, iar art. 441 din Codul lui Napoleon, în redactarea din 1808, statua că „*la faillite est déterminée soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, soit par la date de tout acte constatant le re-*

[1] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 63.

[2] Totuși, unii autori au încercat să facă o distincție între „insolvență” și „încetare de plăți”, afirmând că, principal, aceste două noțiuni exprimă o perspectivă diferită asupra uneia și aceleiași stări a debitorului – pentru dezvoltări, a se vedea I. Schiau, op. cit., p. 106; alții, în schimb, consideră că expresia „încetare de plăți” sugerează o stare ireversibilă, incompatibilă cu redresarea, motiv pentru care propun înlocuirea ei cu aceea de „suspendare a plăților”, care are înțelesul comun al unei stări de fapt temporare, de natură să permită reluarea plăților, prin aplicarea procedurii colective – I. Turcu, Suspendarea plăților – testul insolvenței – o posibilă soluție de echilibru între deschiderea precoce și deschiderea tardivă a procedurii, în R.D.C. nr. 10/2005, p. 17.

[3] C. Bălescu, Calificarea juridică a sentinței declarative de faliment și a noțiunii de încetare de plăți, în R.D.C.S.E. nr. 3/1940, p. 145-162.

fus d'acquitter ou de payer, ses engagements de commerce. Tout les acts ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'il y aura cessation de paiements". Ulterior, prin Legea din 1838, s-a suprimat enumerarea, menținându-se numai principiul afirmat și de art. 437: „*Tout commerçant qui cessé ses paiements est en état de faillite*". Așadar, de la o enumerare limitativă sau una cu caracter enunțiativ, la formularea generică a expresiei „încetare de plăți”, care cuprinde și îmbrățișează, prin normala evoluție a sensului tehnic al cuvântului, atât elementele materiale ale neplății, cât și dezordinea patrimonială, cu caracter dolosiv sau nu, înțelesul termenului apare, printr-un fenomen lingvistic de concentrare destul de uzual, în forma complexă pe care legiuirea germană a disociat-o.

În schimb, Codul comercial italian (art. 683), cu adăugirea comercialității creanței, a preluat norma franceză astfel: „*Il commerciante che cessa di fare suoi pagamenti (...) e in instato di falimento*”, dispoziție tradusă textual și de art. 695 din Codul român. Așadar, având de optat între mai multe sisteme, printre care cel al încetării de plăți și cel al insolabilității, Codul italian din 1883 l-a ales pe cel dintâi.

Sensul încetării de plăți trebuie preluat așa cum a fost el explicat de doctrina germană, cu ambianța sub care s-a născut, cu imensul avantaj dat de folosirea cuvintelor compuse, legislație în care expresia este „un stat patrimonial care manifestă o stare de insolvență comercială”. În timp ce încetarea de plăți înseamnă doar o manifestare materială exterioară, insolvența este o condiție de fond mai importantă, ca sens, ea fiind identică cu noțiunea de insolabilitate consacrată de dreptul român. Deosebirea dintre cei doi termeni este cea de la formă la materie, de la norma abstractă la cazul concret, de la atribut la calitate. Încetarea de plăți este neputința unui patrimoniu de a face față plății datoriei, manifestată de comerciantul titular al acelui patrimoniu, prin chipul său de a se comporta în raporturile comerciale, scoțând în evidență „statul patologic al patrimoniului”, demonstrat prin starea de încetare de plăți, făcând o distincție concludentă între această stare și faptul neexecutării^[1].

Propunerea de mai sus a fost reluată odată cu intrarea în vigoare a Legii nr. 64/1995, dar ea a rămas singulară^[2]. În argumentarea ei se arată că, sub imperiul noii reglementări, ar fi o eroare să se repete vechea teză doctrinară și jurisprudențială potrivit căreia nu interesează starea de solvabilitate sau *insolabilitate* a debitorului, compararea activului cu pasivul. Procedura *reorganizării* și lichidării judiciare se prezintă ca un *aisberg* care are o parte vizibilă – *încetarea plăților* – așezată pe un prim strat, sub nivelul vizibil, insolvența, sub care se află un al doilea strat, starea patrimonială de ansamblu a debitorului. În faliment, nu interesa decât partea vizibilă și primul strat – *încetarea plăților* și insolvența. În noua procedură, însă, interesează și stratul mai profund al activului și pasivului, al solvabilității sau insolabilității debitorului. Tocmai de aceea legea prevede prezentarea unei ample documentații pe baza căreia tribunalul să dispună între reorganizare și lichidare, numai prin examinarea situației patrimoniale de ansamblu putându-se stabili perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile și specificul activității debitorului, raportat la cererea pieței față de oferta acestuia.

În același studiu se afirmă că o atare amplă și multilaterală examinare, incluzând și aspecte sociale, ar fi inutilă dacă procedura s-ar baza numai pe insolvență. În faliment, insolvența era suficientă, pentru că ceea ce interesa era starea actuală din momentul deschiderii procedurii, în raport de care se examina dacă pasivul exigibil depășește ac-

^[1] *Idem*, p. 150.

^[2] I. Băcanu, Patru cărți despre procedura reorganizării și lichidării judiciare, în R.D.C. nr. 5/1996, p. 166-167.

tivul disponibil, iar nu situația de ansamblu și de perspectivă a patrimoniului. Astăzi, în prezența procedurii reorganizării, ar fi absurd să se decidă lichidarea judiciară atunci când debitorul în încetare de plăți are suficiente active, când în urma unui examen adâncit se constată că este, în timp, solvabil. În sprijinul acestei opinii, autorul a arătat că, în cuprinsul Legii nr. 64/1995 (în forma inițială), nicăieri nu este menționat termenul de „insolvență”; în schimb, întâlnim termenul de „insolvabilitate”, nefiind vorba de o inadvertență legislativă, ci de consecința introducerii reorganizării judiciare.

32. Lăsând la o parte faptul că, atât prin modificările aduse acestui act normativ, cât și prin apariția Legii nr. 85/2006 și, în prezent, a Codului insolvenței, care practic reia definiția dată de Legea nr. 85/2006, legiuitorul român a arătat fără niciun dubiu care este, în concepția sa, axul central al procedurii colective, considerăm că în alegerea noțiunii de „insolvență”, în locul aceleia de „insolvabilitate”, în afara faptului că acestea desemnează stări diferite ale patrimoniului debitorului, un rol important l-a avut împrejurarea că *insolvența*, fiind obiectivă (constând în neonorarea obligațiilor exigibile și legal asumate), poate fi *dovedită mult mai ușor* decât *insolvabilitatea*, care nu poate fi cercetată și probată în aceleași condiții, fiindcă ar presupune analizarea în detaliu a patrimoniului unei persoane fizice sau juridice în scopul determinării raportului dintre drepturile și obligațiile cu valoare economică ce o compun.

Modificarea raportului firesc între activul și pasivul unui patrimoniu, care indică nu mai starea de solvabilitate a titularului acelui patrimoniu, nu este concludentă în ceea ce privește insolvența respectivei persoane fizice sau juridice. Doar prezența insolvenței poate duce la deschiderea procedurii concursuale, în timp ce numai insolvabilitatea nu este în măsură să conducă la aceasta, existența unui pasiv mai mare decât activul putând fi luată în considerare doar la stabilirea căii de urmat: *reorganizare* judiciară sau *faliment*. Aceasta, cu atât mai mult cu cât legislația contabilității nu impune principiul reflectării imaginii fidele a afacerilor cu ajutorul situațiilor financiare. Din cauza nerealității evidențelor financiar-contabile, datorită absenței unei piețe caracterizate prin cerere solvabilă, determinarea solvabilității unui *comerciant* prin raportul activ/pasiv constituie o problemă extrem de delicată^[1].

De asemenea, suntem de părere că, în realitate, se deplasează obiectul discuției, de la momentul pronunțării de către judecătorul-sindic a hotărârii de deschidere a procedurii, într-o fază ulterioară, cea în care trebuie să se decidă dacă debitorul supus procedurii insolvenței va beneficia sau nu de un plan de reorganizare judiciară. În fapt, la data la care tribunalul este chemat să dispună asupra cererii creditorilor, ceea ce interesează în această etapă procedurală nu este dacă debitorul este viabil, adică situația sa economică este sau nu iremediabil compromisă, ci numai să se asigure un criteriu obiectiv și sigur pentru a putea decide rapid declanșarea procedurii colective în scopul protejării debitorului și, implicit, a *masei credale*.

Nici în practică nu s-a reținut o asemenea interpretare doctrinară, instanțele de judecată, atunci când au fost chemate să se pronunțe cu privire la existența condițiilor pentru deschiderea procedurii concursuale, s-au raportat la *insolvența* patrimoniului, și nu la insolvabilitatea acestuia.

Spre exemplu, la soluționarea unui recurs declarat de o societate debitoare împotriva sentinței judecătorului-sindic prin care a fost admisă cererea de declanșare a procedurii insolvenței formulată de un creditor, instanța de control judiciar a reținut că în mod

[1] R. Bufan, *Reorganizarea (...)*, p. 97; R. Bufan, *Drept falimentar român*, Ed. Mirton, Timișoara, 1998, p. 69.

corect tribunalul a constatat că împotriva debitoarei creditorul are o creanță certă, lichidă și exigibilă, în sumă de 1.929.318.993 lei (lei vechi), stabilită printr-o sentință civilă, care trebuia plătită în termen de 30 de zile de la pronunțarea hotărârii. Debitoarea nu a înțeles să-și achite datoria, astfel că, la aproximativ 2 ani și jumătate după pronunțarea sentinței civile, împotriva sa, creditoarea a formulat o cerere de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr. 85/2006. Din ansamblul probelor administrate în cauză nu rezultă că recurenta ar avea fonduri disponibile pentru plata datoriei exigibile, astfel că aceasta nu a reușit să înlăture prezumția privind starea de insolvență. Neplata datoriei scadente se datorează lipsei fondurilor disponibile, și nicidecum altor considerente întemeiate pe relațiile comerciale, cum fără temei susținuse debitoarea, astfel că sentința atacată a fost pronunțată cu aplicarea corectă a prevederilor legale incidente în cauză. Susținerile recurente în sensul că aplicarea procedurii colective a insolvenței ar fi fost folosită ca un mijloc de constrângere a debitoarei la plata creanței au fost considerate ca nefondate, Legea nr. 85/2006 stabilind procedura de recuperare a datoriei societăților comerciale^[1].

Tot astfel, efectuarea de plăți către alți creditori sau existența unor active în patrimoniul societății debitoare și posibilitatea acoperirii datoriei cu acestea nu prezintă relevanță sub aspectul stării de insolvență a patrimoniului, care este caracterizată prin incapacitatea vădită de plată a datoriei cu sumele de bani disponibile și se apreciază prin raportare la creditorul care a formulat cererea de deschidere a procedurii^[2]. De asemenea, apărările în sensul că debitoarea are un capital social mare nu au fost primite întrucât, pentru aplicarea Legii insolvenței, nu interesează raportul dintre activul și pasivul debitoare, ci insolvența acesteia, derivată din imposibilitatea debitoare de a face față plăților scadente cu sumele de bani disponibile^[3].

§1. Insuficiența fondurilor bănești disponibile

33. Și în concepția Codului insolvenței procedura insolvenței este o procedură de *executare colectivă* a unui debitor inapt să-și achite datoriile. Altfel spus, insolvența presupune *incapacitatea de plată* a debitorului. În primii ani de după 1989, pentru agenții economici cu probleme financiare a fost instituită starea de incapacitate de plată atunci când aceștia înregistrau plăți restante a căror scadență era depășită cu 30 de zile calendaristice.

În forma inițială, Legea nr. 64/1995 viza *comercianții – persoane fizice și societăți comerciale*, care nu mai puteau face față datoriei comerciale acumulate, arătând că debitorul care nu mai poate face față datoriei sale exigibile cu sumele de bani disponibile poate adresa tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor acestei legi, orice creditor care are o creanță certă, lichidă și exigibilă putând, la rândul său, introduce la tribunal o cerere împotriva unui debitor care, timp de cel puțin 30 de zile, a *încetat plățile*, fără, însă, să definească expresia „nu mai poate face față datoriei sale exigibile cu sumele de bani disponibile” și nici pe aceea de „încetare de plăți”.

^[1] C.A. Constanța, s. com., mar. și fluv. și pentru cauze de cont. adm. și fisc., dec. nr. 1198/COM din 7 iunie 2007, în B.C.A. nr. 3/2007, p. 38-39.

^[2] C.A. București, s. a V-a com., dec. nr. 513 din 10 februarie 2006, publicată în C.P.J.Com. 2006, Drept material și drept procesual, vol. 1, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2008, p. 249-252.

^[3] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 1377 din 5 aprilie 2006, în C.P.J.Com. 2006, Drept material și drept procesual (...), vol. 2, p. 298-300.

Totuși, doctrina vremii a arătat că starea de încetare de plăți este o situație a patrimoniului debitorului în care acesta este în imposibilitate de a face față datoriiilor comerciale și exigibile, lipsindu-i disponibilitățile (lichiditățile) bănești necesare^[1].

În dreptul francez cauzele privind deschiderea procedurii colective sunt mai variate, la încetarea plăților adăugându-se, spre exemplu, *eșuarea procedurii de conciliere*, aspect nereglementat, inițial, în legislația noastră^[2]. Prevederi de aceeași natură sunt cuprinse și în Codul insolvenței, care, în art. 66 alin. (2) și (3), statuează următoarele: „(2) Dacă la data expirării termenului prevăzut la alin. (1)(30 de zile de la apariția stării de insolvență – *n.n.*) debitorul este angrenat, cu bună-credință, în negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriiilor sale, acesta are obligația de a adresa tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de 5 zile de la eșuarea negocierilor. (3) Dacă în cursul negocierilor derulate în cadrul unei proceduri de mandat ad-hoc sau de concordat preventiv debitorul ajunge în stare de insolvență, dar există presupunerea rezonabilă, bazată pe indicii temeinice, că rezultatele negocierilor ar putea fi valorificate în termen scurt prin încheierea unui acord extrajudiciar, debitorul, de bună-credință, trebuie să introducă cererea de deschidere a procedurii în condițiile și termenul prevăzute la alin. (2). În caz contrar, debitorul trebuie să introducă cererea de deschidere a procedurii insolvenței în termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență”.

Insolvența este strâns legată de incapacitatea de plată, privită ca încetare efectivă a plăților. Această incapacitate exprimă starea patrimoniului debitorului, care face imposibilă plata datoriiilor exigibile cu sumele de bani disponibile. Așadar, insolvența semnifică insuficiența reală a lichidităților, absența fondurilor bănești necesare plății obligațiilor scadente. Atunci când, indiferent din ce motiv, debitorul nu reușește să producă lichidități într-un ritm adaptat obligațiilor asumate (pentru că, spre exemplu, elementele active ale patrimoniului său nu sunt lichide sau, fiind investite în operațiuni de lungă durată, nu pot fi afectate plății datoriiilor), considerăm că el se găsește în insolvență ca urmare a incapacității sale de a plăti, adică de a-și onora creditorii cu sumele pe care le datorează.

Deși în literatura juridică^[3] s-a subliniat faptul că insolvența subzistă și atunci când lipsa lichidităților își are sorginea în blocajul financiar, specific mai ales țărilor în tranziție spre o economie de piață funcțională, respectiv în faptul că, la rândul său, debitorul are de încasat alte creanțe de la propriii debitori, atâta vreme cât legiuitorul nu prevede o asemenea împrejurare ca fiind de natură să înlăture aplicarea dispozițiilor care reglementează procedura insolvenței, au fost totuși instanțe care nu au ținut seama de acest aspect și nu au dat dovadă de fermitate în aplicarea legii (probabil din considerente sociale)^[4].

^[1] M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure, op. cit., p. 38.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea, F. Derride, P. Gode, J.P. Sortais, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 1991, p. 43 și urm., precum și A. Jacquemont, op. cit., p. 14.

^[3] M.L. Belu Magdo, Deschiderea procedurii reorganizării judiciare sau a falimentului, în R.D.C. nr. 3/2004, p. 45.

^[4] Trib. Bacău, sent. civ. nr. 2645 din 20 octombrie 2003, în Programul Phare 2002, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment – Manual de bune practici în insolvență, p. 398, hotărâre prin care s-a reținut, în mod eronat, considerăm noi, că debitorul care, beneficiind de anumite subvenții, nu efectuează plățile către furnizori în mod constant, ci pe măsura încasării sumelor respective, nu se găsește în stare de insolvență, astfel încât contestația formulată de acesta împotriva cererii creditorului de deschidere a procedurii insolvenței este întemeiată; în sens contrar, C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. civ. nr. 267 din 10 aprilie 2001, în B.J. C.P.J. 2001, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 422-424, și C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 572 din 19 iunie 2001, în B.J. C.P.J. 2001, p. 427-428; tot în practică, s-a

34. Unii autori au arătat, în legătură cu insolvența, că aceasta ar avea două stadii: în primă fază, ca o acumulare de situații care îl lipsesc pe debitor de mijloacele financiare necesare achitării datoriilor sale la scadență, reprezintă o stare lăuntrică a patrimoniului, o stare virtuală, care se instalează înaintea datei exigibilității, persoanei în cauză lipsindu-i lichiditățile necesare achitării datoriilor acumulate, și faza în care această incapacitate de plată se exprimă în afară, când devine reală și manifestă, întrucât există creanțe scadente care nu pot fi satisfăcute, moment de la care insolvența își adaugă o nouă dimensiune, aceea a *încetării de plăți*, adică a manifestării exterioare a incapacității de plată preexistente. Ceea ce a fost doar o virtualitate capătă, astfel, contur și devine o realitate; insolvența, o imposibilitate virtuală de plată, se exprimă, la scadență, prin încetarea de plăți, într-o imposibilitate reală de plată^[1].

Mai mult, în doctrină s-a exprimat și opinia că, dat fiind faptul că fenomenul are o simptomatologie internă, dar și manifestări exterioare, în realitate, starea de insolvență poate cunoaște trei etape, nu neapărat succesive, și anume: a) etapa *insolvenței iminente*, în care factorii și situațiile care urmează să cauzeze insolvența pot fi cunoscute de persoana în cauză, etapă care se circumscrie atât situației în care viitorul debitor deține disponibil și efectuează plăți, dar se poate dovedi că la scadență nu va putea plăti datoriile exigibile angajate cu fondurile bănești disponibile la acea dată, precum și situația în care debitorul nu deține disponibil și nu efectuează plăți, însă nu are nici datorii scadente; b) etapa insolvenței „*propriu-zise*”, în care insolvența este reală, datoria/datoriile sunt ajunse la scadență, iar disponibilul lipsește, ceea ce constituie un semn exterior al insolvenței; c) etapa insolvenței *vădite*, în care semnele exterioare ale insolvenței sunt evidente, astfel că, alături de neplata datoriei/datoriilor scadente, avem și recunoașterea debitorului cu privire la incapacitatea plăților sau, potrivit Codului comercial, fuga, închiderea magazinului, continuarea comerțului cu *mijloace ruinătoare*, în această etapă fiind inclusă și „insolvența prezumată ca fiind vădită”, în care debitorul nu a plătit de mai mult de 90 de zile datoriile exigibile^[2].

Autorul mai arată că aceste trei faze gravitează și se referă la aceeași stare a patrimoniului debitorului, care debutează cu încetarea plăților, are caracter de constanță și poate fi rezolvată doar în cadrul procedurii insolvenței, prin intermediul redresării prin plan sau a încetării activității prin *lichidare judiciară* (în cazul persoanelor juridice)^[3].

Chiar dacă, din punct de vedere pur teoretic, suntem, în principiu, de acord cu această etapizare a insolvenței, apreciem că practic ea nu prezintă o relevanță prea mare, în condițiile în care deschiderea procedurii reglementate de Codul insolvenței se poate dispune în toate cazurile când un debitor este în insolvență, adică patrimoniul său se caracterizează prin imposibilitatea plății datoriilor scadente cu fondurile bănești disponibile.

statuat că nu poate fi reținută starea de încetare de plăți datorată unei insolvențe comerciale în condițiile în care asupra bunurilor debitoarei a fost instituit sechestru asigurator prin ordonanța procurorului din 29 ianuarie 1997, situație față de care debitoarea nu a fost în măsură să facă plata datorită unei imposibilități obiective de realizare a obiectului activității, valoarea bunurilor indisponibilizate fiind de aproximativ 5.000.000 lei, ea depășind cu mult datoria bugetară invocată de reclamanta creditoare și, ca urmare, fiind o situație obiectivă, pârâta debitoare s-a aflat în ipoteza prevăzută de alin. (2) al art. 29 din Legea nr. 64/1995 – C.A. Alba-Iulia, dec. civ. nr. 1 din 6 ianuarie 2003, în Ministerul Justiției, C.P.J. 2003, p. 179-180.

^[1] I. Schiau, op. cit., p. 106.

^[2] V. Godâncă-Herlea, Probleme teoretice și practice privitoare la deschiderea procedurii insolvenței, în R.D.C. nr. 9/2006, p. 71-72; în prezent, termenul este de 60 de zile – n.n.

^[3] Idem, p. 72.

Pe de altă parte, primele două faze – cea de insolvență iminentă și cea de insolvență prezumată – reprezintă, de fapt, cele două tipuri de insolvență în care un debitor poate, respectiv este obligat să ceară tribunalului să fie supus procedurii colective, iar ultima fază – de insolvență vădită, incluzând-o și pe aceea de „insolvență prezumată ca fiind vădită” – este cea care fie există în realitate în mod vizibil imediat și poate fi demonstrată fără prea mare dificultate de către creditorul declanșator, fie este relevantă numai în cadrul procesului inițial, prin intermediul unei *prezumții* (când cererea este formulată de creditor) sau printr-o *mărturisire* (când cererea este depusă de debitor).

Pe considerentul că, de regulă, creditorii nu au cunoștință de motivul neplății creanțelor de către debitor, legiuitorul român a instituit o *prezumție de insolvență* atunci când, după mai mult de 60 de zile de la scadență, debitorul nu a plătit datoria sa față unul sau mai mulți creditori, conferindu-i, însă, datornicului posibilitatea de a răsturna această prezumție, care nu este decât una relativă, dovedind faptul că, spre exemplu, neachitarea debitului nu se datorează imposibilității de a plăti, ci neregularității creanței, stingerii acesteia în alt mod (compensație, dare în plată, prescripția dreptului etc). Orice altă soluție în reglementare ar fi lăsat creditorii la discreția debitorilor, inducându-le o anumită temere în a solicita tribunalului deschiderea procedurii, ceea ce nu ar fi fost o soluție justă și echitabilă^[1].

35. Tot în doctrină s-a discutat dacă instanța de judecată este competentă să aprecieze *proveniența și calitatea* mijloacelor bănești cu ajutorul cărora debitorul își menține regularitatea plății datorilor^[2]. Aceasta, deoarece, deși art. 705 C. com. italian, care prevedea și situația menționată ca o încetare de plăți a fost reprodus în forma inițială a Codului de la 1887, în anul 1895 textul autohton a suferit o modificare, suprimându-se partea care prevedea că o eventuală continuare a plăților cu *mijloace ruinătoare* sau frauduloase constituie o *încetare de plăți*.

Astfel, într-o opinie s-a considerat că judecătorul nu are un drept de apreciere, atâta timp cât proveniența și calitatea mijloacelor folosite nu au caracter ilicit. În schimb, alții au fost de părere că instanței trebuie să se recunoască un asemenea drept, pentru că procedura falimentului trebuie să se aplice și acelui debitor care continuă plățile prin folosirea unor mijloace ruinătoare (de exemplu, vânzarea mărfurilor sub prețul de cost sau cel de achiziție, vânzarea în bloc a întregului activ sub valoarea de piață, contractarea unor credite în condiții extrem de oneroase) sau frauduloase de procurare a lichidităților.

Ministrul Justiției Alexandru Marghiloman, cu ocazia modificării Codului de comerț, a declarat în Parlament că tribunalele sunt suverane în a aprecia dacă procurarea de resurse, fie prin mijloace frauduloase, fie numai prin mijloace ruinătoare, echivalează cu o încetare de plăți. Tribunalele rămân absolut stăpâne să califice faptele din care poate izvorî o declarațiune în stare de faliment sau nu, nedorindu-se ca prin lege să se formuleze acest punct de vedere, el fiind lăsat la înțelepciunea judecătorilor^[3]. Din această

^[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 276.

^[2] M. Pașcanu, op. cit., p. 62-63; Codul comercial adnotat (...), p. 425.

^[3] Pentru dezvoltări, a se vedea Codul comercial adnotat (...), p. 425-426; aprecierea faptelor și circumstanțelor constitutive ale încetării plăților aparține suveran judecătorilor fondului, sub rezerva dreptului pentru Curtea de Casație de a verifica dacă faptele și circumstanțele relevante sunt, din punct de vedere juridic, caracteristice ale încetării plăților – Cass. req. 23 martie 1904, Sirey 1905, I, 95, Codul comercial adnotat (...), p. 429; dacă judecătorii fondului constată suveran toate circumstanțele care le par constitutive ale încetării plăților, aparține Curții de Casație dreptul de control pentru a decide dacă faptele întrunesc elementele legale – Cass. req. 1 iulie 1936, Sirey 1936, I, 342, Codul comercial adnotat (...), p. 429.

declarație rezultă fără echivoc că prin modificarea din 1895 nu s-a voit să fie înlăturată încetarea de plăți când continuarea comerțului se făcea cu mijloace ruinătoare sau frauduloase, ci numai s-a transformat criteriul de apreciere legal într-unul judiciar.

Jurisprudența vremii a îmbrățișat această din urmă opinie, în mai multe decizii de speță afirmându-se că, în sistemul Codului comercial român, prin încetare de plăți se înțelege faptul material și extern al unui *comerciant* de a nu fi plătit datoriile comerciale, exigibile și de o oarecare importanță față de comerțul său, precum și faptul echivalent, de asemenea extern și ostensibil, de a-și fi continuat plățile cu mijloace ruinătoare^[1]. Încetarea de plăți reală poate să existe nu numai când rezultă din semne pozitive și exterioare, dar și atunci când comerciantul plătește, însă întrebuițează sau face acte ruinătoare și frauduloase^[2].

Considerăm că, și *de lege lata*, acest punct de vedere trebuie acceptat, deoarece efectuarea de plăți cu sume de bani procurate prin mijloace ruinătoare nu face decât să întârzie momentul încetării plăților de către acel debitor și, prin aceasta, să-i agraveze situația, ceea ce va duce implicit la diminuarea ori chiar compromiterea ireversibilă a șanselor de *reorganizare judiciară* și, poate, chiar de satisfacere a drepturilor creditorilor, justificând din plin declanșarea procedurii concursuale^[3]. Mai mult decât atât, potrivit art. 169 alin. (1) lit. f) din Codul insolvenței, organele de conducere sau de supraveghere din cadrul societății, precum și orice altă persoană care a cauzat starea de insolvență pot fi obligate de către judecătorul-sindic, la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului judiciar, iar, în condițiile alin. (2), și la solicitarea președintelui comitetului creditorilor, a unui creditor desemnat de adunarea creditorilor sau a creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, să suporte o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă, dacă *au folosit mijloace ruinătoare* pentru a procura persoanei în cauză fonduri, în scopul întârzierii încetării plăților.

Nu în ultimul rând, când se face aprecierea asupra disponibilului bănesc al debitorului, trebuie să se aibă în vedere numai sumele prezente, nu și cele viitoare, pentru că se analizează starea sa financiară de la momentul introducerii și soluționării cererii de chemare în judecată. De aceea, instanțele de judecată nu se vor raporta la potențiale viitoare venituri sau beneficii ale debitorilor, întrucât acestea nu pot fi luate în considerare la aprecierea insolvenței, ci numai la starea financiară actuală a patrimoniului acestora, deoarece încetarea de plăți nu trebuie să fie absolută, ci să fie reală, să rezulte din lipsa lichidităților necesare pentru plata datoriilor exigibile și să pună în evidență dezechilibrul financiar al debitorului^[4]. Totuși, uneori, în practică, tribunalele nu au ținut seama de acest aspect și au avut în vedere și astfel de sume, cum ar fi, spre exemplu, beneficii de circa 3 miliarde de lei vechi care urmau să fie realizate în cursul anului respectiv și care reieșeau din raportul de gestiune din anul anterior, dreptul la plata unor dividende rezultate din calitatea de acționar la o altă societate comercială^[5] ș.a.

[1] C.A. București I, dec. nr. 124 din 21 iunie 1933, în R.D.C. 1934, p. 233.

[2] C.A. Galați I, 20 mai 1901, în Codul comercial adnotat (...), p. 428.

[3] În același sens, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 39.

[4] A se vedea, în același sens, M. Comșa, Începerea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului la cererea creditorilor, în Phoenix nr. 11/2005, p. 23.

[5] Trib. București, s. com., sent. nr. 3372 din 24 septembrie 1997, publicată în C.P.J.Com. 1990-1998, p. 456-458.

§2. Neplata datoriilor certe, lichide și exigibile

36. Am arătat mai sus că insolvența presupune neplata de către un debitor a datoriilor certe și lichide ajunse la scadență, absența fondurilor bănești disponibile constituind, de regulă, cauza acestei neplăți.

În mod just în literatura de specialitate s-a precizat că, deși legea se referă la datorii, fără nicio altă mențiune suplimentară, este de netăgăduit că trebuie avute în vedere numai *datoriile bănești* ale debitorului, pentru neexecutarea unor obligații având un alt obiect decât plata unor sume de bani (de ex., livrarea ori predarea unor mărfuri sau executarea unor lucrări) aplicându-se regulile dreptului comun, iar nu procedura insolvenței^[1].

În concepția Codului comercial și a Legii nr. 64/1995, în forma inițială, procedura colectivă se aplica numai pentru datorii comerciale, dobândirea statutului de *comerciant* având loc prin efectuarea unor acte sau fapte de comerț obiective sau subiective, din acel moment comerciantul supunându-se legilor comerciale pentru toate obligațiile contractate în această calitate, cu excepția celor izvorâte din raporturi juridice civile ori care, potrivit legii, au o altă natură, prin art. 4 din Cod (plecând de la ideea că majoritatea actelor încheiate de un comerciant sunt în legătură cu comerțul acestuia) creându-se prezumția legală că toate actele săvârșite de un comerciant au natură comercială. În actuala reglementare nu mai interesează *natura juridică* a datoriilor debitorului, acestea putând fi civile, bugetare, salariale etc. Natura comercială a obligației neonorate pe care comerciantul era incapabil să o plătească la scadență constituia în trecut o condiție numai pentru deschiderea procedurii falimentului, ulterior putând fi declarate la *masa credală* și creanțe necomerciale, pentru că această procedură se putea sfârși prin lichidarea întregului activ patrimonial al falitului, scopul legii nefiind acela de a sacrifica creanțele civile în favoarea celor comerciale^[2].

În doctrină, și după intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006, s-a considerat că procedura insolvenței nu se poate aplica atunci când debitorul, deși dispune de lichidități, nu plătește datoriile scadente, pentru că, într-o asemenea situație, creditorii au deschisă calea executării silite individuale, cu argumentul că procedura reglementată de Legea nr. 85/2006 nu este un substitut al executării silite din dreptul comun. Cu alte cuvinte, procedura insolvenței nu reprezintă un mijloc de valorificare a creanțelor pe cale silită

^[1] *St.D. Cârpenaru*, *Drept comercial român (...)*, ed. a 7-a, p. 632; *N. Tândăreanu*, op. cit., p. 36; *R. Bufan*, *Reorganizarea judiciară și falimentul (...)*, p. 99; *Drept falimentar român (...)*, p. 71; *Gh. Gheorghiu*, *Procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 45; *Gh. Piperea*, op. cit., p. 275; în sens contrar, a se vedea *C. Rotaru*, *Legea falimentului – doctrină, jurisprudență și legislație*, Ed. Cognitum, 2001, p. 26-27; totuși, în practică s-a decis că legiuitorul nu a limitat obiectul creanțelor doar la sume de bani, astfel încât concluzia instanței de fond potrivit căreia creanța trebuie să constituie o sumă de bani este greșită; textul reține că procedura falimentului este aplicabilă în privința debitorului care nu mai poate face față datoriilor sale exigibile cu sumele de bani disponibile; nu au fost avute în vedere, însă, numai datoriile în bani, ci și acele datorii care pot fi convertite într-o sumă de bani și care au un caracter patrimonial; în cauză, chiar dacă certificatele de proprietate conferă și alte drepturi titularilor, în ultimă analiză ele au o valoare patrimonială, care poate fi reprezentată în bani, așa încât pot fi urmărite, negociate și chiar gajate – C.A. Galați, dec. civ. nr. 172/R/2000, în Ministerul Justiției, C.P.J. 1999-2002, Ed. Rom System, București, 2002, p. 281.

^[2] Soluția prin care se dădea dreptul doar creditorilor care aveau o creanță comercială să deschidă procedura colectivă a fost, pe bună dreptate, criticată încă din perioada interbelică, pe motivul că debitorul posedă un singur patrimoniu, care nu poate fi fracționat pentru a garanta separat pe debitorii civili de cei comerciali; pe de altă parte, odată declanșată procedura falimentului, toate creanțele participă la masa credală și, ca atare, o excludere a creditorilor necomercianți de la posibilitatea de a declanșa procedura este ilogică.

împotriva debitorului care nu își execută obligațiile, ci o procedură specială ce se aplică debitorului *aflat în incapacitate de plată*^[1].

Considerăm că acest punct de vedere este îndreptățit și sub noua reglementare a Codului insolvenței, întrucât se poate observa că acest act normativ are aceeași viziune asupra condițiilor deschiderii procedurii insolvenței ca și Legea nr. 85/2006. Așadar, în aplicarea procedurii insolvenței, în toate cazurile, trebuie să se aprecieze motivele neîndeplinirii de către debitor a obligațiilor exigibile și numai neplata datorată lipsei de lichidități ori insuficienței acestora permite recurgerea la procedura insolvenței, iar nu simpla neplată a datoriilor, care poate fi o dificultate vremelnică în care se găsește acel debitor^[2]. Procedura insolvenței are scopul de a institui o procedură colectivă, egalitară și concursuală, menită să acopere creanțele față de un debitor aflat în stare de insolvență.

37. Sub acest aspect, nu este lipsit de interes să avem o imagine a evoluției în timp a reglementărilor privind *buna sau reaua-credință* în refuzul debitorului de a-și onora datoriile. Astfel, avem în vedere faptul că prin O.G. nr. 38/2002 a fost abrogat alin. (2) al art. 29 (fostul art. 24 înainte de prima republicare a Legii nr. 64/1995), care statua că „simplul refuz al unor plăți, în baza unor excepții pe care debitorul le socotește, cu bună-credință, întemeiate, nu constituie o dovadă de încetare de plăți”, text preluat din Codul comercial român (art. 696).

Ca atare, vechea reglementare impunea obligativitatea refuzului de plată făcut „cu bună-credință”, în baza unor excepții pe care debitorul le considera întemeiate, formula „am bani, dar nu vreau să-ți plătesc datoria” nefiind acceptată. Aceasta înseamnă că dacă debitorul dovedea că are disponibil în conturi, dar refuza să plătească invocând faptul că procedura de *reorganizare judiciară* și a falimentului nu constituie o alternativă de executare silită, ci numai o sancțiune aplicabilă comercianților aflați în insolvență, procedura colectivă nu putea să fie deschisă, pentru simplul motiv că refuzul de plată era întemeiat pe o excepție invocată cu bună-credință^[3].

Refuzul nemotivat face să se prezume că debitorul are mijloace de plată, dar nu dorește să-și execute obligațiile, pentru că, altfel, refuzul nu poate avea drept temei capriciul sau reaua-voință, ci neputința de a plăti. Or, dacă debitorul poate plăti, înseamnă că el nu se găsește în încetare de plăți. În ultimă instanță, refuzul de plată capricios este tocmai cazul tipic care stă la baza oricărei *executări silite* individuale, adică a acelei executări

[1] St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român (...)*, ed. a 7-a, p. 631; în același sens, I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 38; Gh. Piperea, op. cit., p. 276; pentru o decizie de speță, a se vedea C.A. Pitești, dec. nr. 623/R-C din 26 iunie 2002, în Ministerul Justiției, C.P.J. 2002, p. 248.

[2] M. Pașcanu, op. cit., p. 65.

[3] În jurisprudența interbelică s-a statuat că, judecând o excepțiune de opunere la plată ridicată de debitor în cadrul procesului de faliment, instanța nu poate și nu are dreptul să se pronunțe cu autoritate de lucru judecat asupra temeiniciei sau netemeiniciei în fond a unei atari excepțiuni, ci trebuie să examineze numai dacă excepțiunea este sau nu de bună-credință, adică dacă poate justifica o opunere la plată din partea debitorului; temeinicia, în fond, a unei asemenea excepțiuni urmează a fi soluționată în cadrul unui proces de drept comun, în cazul când cererea de declarare în stare de faliment a fost respinsă – Cas. III, dec. nr. 291 din 12 februarie 1935, în Codul comercial adnotat (...), p. 430; tot astfel, pentru a se putea invoca art. 969 C. com., nu se cere ca refuzul să fie declarat întemeiat prin vreun text de lege sau să fie constatat de justiție ca atare, ci este suficient ca debitorul, în buna lui credință, să-l fi putut considera ca atare; între aceste excepțiuni intră și acelea prin care se susține că creanța nu este certă și lichidă, pentru că cuantumul ei nu a fost stabilit în modul prevăzut de convenția dintre părți – C.A. București IV, 13 mai 1924, în Codul comercial adnotat (...), p. 431.

întreprinse de un creditor, care nu se face de bunăvoie de către debitor, acesta fiind constrâns să accepte executarea forțată a obligației^[1].

S-a apreciat că, prin această modificare legislativă, a fost înlăturată una dintre contradicțiile fostului text, ce consta în aceea că atitudinea subiectivă a debitorului nu are nicio legătură cu starea obiectivă a patrimoniului său^[2]. Prin urmare, refuzul de plată a datoriiilor de către debitor poate fi făcut cu bună sau rea-credință, întrucât ceea ce este cu adevărat important și relevant sub aspectul procedurii judiciare pentru stabilirea stării de insolvență este doar *dezechilibrul patrimoniului său*, procedura colectivă nefiind o măsură menită să intimideze datornicii, deși, în practică, nu puține sunt asemenea cazuri. Astfel, realitatea demonstrează că mulți creditori, cu toate că știu că debitorul lor nu se află în insolvență, promovează cereri de deschidere a procedurii în speranța că pârătul va plăti creanța reclamată pentru a nu risca o soluție nefavorabilă, care va atrage consecințe negative la adresa sa, fie și numai prin efectuarea de către practicianul desemnat provizoriu de judecătorul-sindic a notificărilor prevăzute de art. 99 din Codul insolvenței.

De aceea, credem că procedura insolvenței este, încă, în mâinile unui creditor necruțător o redutabilă armă de intimidare în fața unui debitor timorat, deși ea nu poate reprezenta un mijloc de executare silită pus la îndemâna unui creditor izolat, pentru a-și satisface pe această cale drepturile sale, oricât ar fi ele de lezate și de legitime. Această procedură este o măsură de apărare împotriva insolvenței, și nu împotriva neîndeplinirii obligațiilor civile, fiind organizată pentru colectivitatea creditorilor, iar nu pentru unul sau o parte dintre aceștia. Pentru creditorii debitorului, o singură neîndeplinire a vreunei obligații scadente nu poate să constituie decât un simptom al unor neîndepliniri viitoare, ca o manifestare a unei neputințe de plată permanente, efective și reale.

Ca atare, prin nepreluarea în cuprinsul Codului insolvenței a unei prevederi similare cu cea a art. 696 C. com., ceea ce trebuie constatat de către tribunal este doar starea de insolvență a debitorului, raportată la o creanță certă, lichidă și exigibilă, al cărei quantum depășește valoarea-prag impusă de pct. 72 al art. 5 din Codul insolvenței, refuzul debitorului putând fi, prin urmare, chiar unul nejustificat. Cu alte cuvinte, încetarea de plăți nu poate fi confundată cu neplata materială a uneia sau a mai multor datorii exigibile, pentru că altfel nu s-ar ține seama de natura și scopul procedurii insolvenței, simpla neplată la scadență neputând justifica deschiderea acestei proceduri, câtă vreme nu se relevă o *incapacitate de plată* a persoanei în cauză. Neplata nu este decât unul dintre faptele revelatorii ale stării de insolvență în care se găsește patrimoniul unui debitor, o simplă manifestare, pe lângă neplată mai putând exista și alte fapte de natură să demonstreze insolvența, și ne referim aici la recunoașterea (*mărturisirea*) debitorului, încetarea desfășurării activității economice ori continuarea comerțului prin *mijloace ruinătoare* etc.

^[1] C.A. Pitești, s. com., prin dec. nr. 509 din 4 mai 2007, în Insolvență. Practică judiciară 2007. Legislație comercială 2006-2007. Recursul în interesul legii (...), p. 23-30, a reținut că o condiție a deschiderii procedurii insolvenței este ca neplata la scadență să fie efectul incapacității debitorului de a achita datoria cu sumele de bani disponibile; procedura reglementată de Legea nr. 85/2006 nu este menită să fie utilizată ca instrument de constrângere a debitorului pentru ca acesta să își plătească datoriile „sub amenințarea cu falimentul”, dacă debitorul are fonduri disponibile pentru a plăti sau dacă invocă o excepție aparent întemeiată; procedura insolvenței nu este o modalitate simplificată de soluționare a unei chestiuni litigioase, de orice natură, între părțile contractante, ea având un scop expres prevăzut în art. 2 din Legea nr. 85/2006, și anume instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, iar nu stabilirea răspunderii contractuale a părților în litigiu.

^[2] S.M. Miloș, Debitorul în procedura Legii nr. 64/1995, în Phoenix nr. 10/2004, p. 8-9.

În practică^[1] s-a reținut că, potrivit art. 1 alin. (2) din Legea nr. 64/1995, republicată, cu modificările ulterioare, prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului, caracterizată prin incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu sumele de bani disponibile. În cauza respectivă s-a considerat că este evident că societatea debitoare se afla în stare de insolvență, având în vedere faptul că datoriile față de cei doi creditori care au solicitat deschiderea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului erau mai vechi de 3 ani de zile și nu au fost plătite decât într-un quantum modic, din concluziile scrise ale administratorului judiciar desemnat în cauză rezultând că debitoarea mai avea și alte debite neachitate, unele în quantum ridicat, și că s-a încercat executarea silită a patrimoniului societății. Nu are niciun fel de relevanță juridică dacă recurenta este de bună sau de rea-credință pentru constatarea stării de insolvență și nici faptul că nu s-a încercat executarea silită a patrimoniului debitoarei în condițiile dreptului comun, având în vedere că, așa cum s-a reținut și în sentința atacată, în cauză erau îndeplinite condițiile prevăzute de art. 36 și art. 38 din Legea nr. 64/1995, republicată, cu modificările ulterioare.

38. Literatura de specialitate a încercat să formuleze unele *trăsături definitorii* ale stării de *încetare a plăților*^[2]. În acest sens, s-a arătat că ea trebuie să fie reală, adică efectivă, criteriul legal și judiciar al aprecierii insolvenței urmând să fie căutat în situația concretă a debitorului, care trebuie să releve neputința de a efectua plăți în vederea stingerii datoriilor acumulate. Încetarea de plăți este reală atunci când rezultă din semne pozitive și exterioare, cu caracter permanent, care indică un *dezechilibru economic* al patrimoniului persoanei în cauză, de natură să-i alarmeze pe creditori. În perioada interbelică, pentru declararea în *faliment* a unui *comerciant* nu era suficientă dovada încetării virtuale a plăților, care se prefigura mai mult ca o eventualitate, ci era necesar ca debitorul să se afle într-o stare de neputință concretă de a face față obligațiilor comerciale scadente, adică o încetare efectivă a plăților sale, jurisprudența statuând că

^[1] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 346 din 17 aprilie 2006, în B.J. 2006, p. 337-338; în același sens, Trib. Dâmbovița, sent. civ. nr. 371 din 26 martie 2003, în Manual de bune practici (...), p. 399-400, hotărâre prin care s-a reținut că cererea creditorului privind deschiderea procedurii insolvenței este întemeiată, în condițiile în care creanța este certă, lichidă, exigibilă și are un quantum mai mare de 5.000 euro; contestația debitorului prin care dovedește inițierea formelor de executare silită de către creditoare asupra unor bunuri ale sale este nefondată, atâta timp cât bunurile nu au putut fi valorificate la mai multe termene succesive, iar debitorul nu a demonstrat că nu se află în stare de insolvență și că are posibilitatea de a stinge prin plată creanța creditorului declanșator; Trib. Bacău, sent. civ. nr. 2271 din 8 septembrie 2003, în Manual de bune practici (...), p. 397, în cuprinsul căreia s-a arătat că creditorul nu este obligat să facă dovada că, înainte de înregistrarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, a încercat recuperarea creanței prin parcurgerea procedurii de executare silită de drept comun; efectuarea de către debitor a unor plăți în sume mici, în numerar, către alți creditori nu este de natură a dovedi că acesta nu este în insolvență, în condițiile în care conturile bancare sunt indisponibilizate datorită unor executări silite inițiate de alți creditori; C.A. Ploiești, dec. civ. nr. 278 din 20 aprilie 2001, în Ministerul Justiției, C.P.J. 1999-2002, p. 299, prin care s-a reținut că, în mod greșit, tribunalul a respins cererea de deschidere a procedurii falimentului formulată de creditoare împotriva societății debitoare, cu motivarea că aceasta are posibilitatea de a-și realiza creanța în valoare de 73.460.000 lei pe calea executării silite mobiliare și imobiliare, întrucât Legea nr. 64/1995 nu condiționează formularea cererii introductive de imposibilitatea creditorului de a-și realiza creanța prin procedura executării silite de drept comun; C.A. București, s. a V-a com., dec. nr. 513 din 10 februarie 2006, în C.P.J.Com. 2006, Drept material și drept procesual (...), vol. 1, p. 249-252, prin care s-a arătat că alegerea între procedura de executare silită de drept comun și procedura prevăzută de Legea nr. 64/1995 este o facultate instituită în favoarea creditorului, care nu are obligația de a recurge cu precădere la procedura de drept comun pentru realizarea creanței sale.

^[2] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 85-91.

starea de fapt a încetării plăților trebuie să fie evidențiată prin semne exterioare, de natură să vatăme creditul^[1].

O altă trăsătură se referă la permanența acestei stări. În cazul în care din probele administrate rezultă că debitorul se află doar temporar în încetare de plăți, adică într-o jenă financiară momentană, procedura nu poate fi deschisă. Simpla cerere de acordare a unui *moratoriu* nu poate să fie considerată ca un element suficient pentru a motiva și deduce din ea o stare de încetare de plăți notorie și nici nu implică o asemenea stare, deoarece moratoriul, prin natura lui, nu poate fi considerat decât ca o jenă momentană și trecătoare în care s-ar găsi comerciantul și nu poate să fie confundată cu încetarea reală de plăți, care trebuie să fie anume constatată în fapt, printr-o cerere formulată din partea creditorilor, sau ca fiind notoriu cunoscută^[2]. Și în perioada de aplicare a Legii nr. 64/1995, în practică, s-a arătat că declanșarea procedurii de *reorganizare judiciară* sau faliment, care este o formă de executare excepțională, poate interveni numai în situația în care debitorul a încetat total plățile pentru datoriile comerciale, iar această încetare este definitivă, nu și atunci când debitorul s-a aflat doar într-o jenă financiară momentană, într-o imposibilitate temporară de a-și achita creditorii, iar respectiva jenă a fost depășită prin efectuarea de plăți în sume considerabile^[3].

Starea de încetare a plăților trebuie să fie obiectivă, adică să conștă într-o imposibilitate concretă a debitorului de a efectua plata obligațiilor asumate, fără a avea relevanță dacă dorește sau nu să achite debitele sau dacă, din contră, se află în eroare cu privire la temeiul sau scadența acestora. Trăsătura menționată reliefează ideea că neplata constituie un fapt care poate să depindă nu numai de situația financiară a debitorului, ci și de alte motive, cum ar fi convingerea că nu datorează suma pretinsă de creditorii sau că dreptul la acțiune al acestora s-a prescris^[4].

Nu în ultimul rând, starea de încetare de plăți trebuie să fie învederată sau publică, adică să fie cunoscută, de exemplu, în sfera comercianților și să dăuneze creditului. *Încetarea de plăți* este notorie atunci când se manifestă prin fapte și semne exteriorizate și neîndoielnice, cunoscute de un număr nedeterminat de persoane, fiind considerate asemenea împrejurări închiderea magazinului, încetarea comerțului ori fuga comerciantului, sinuciderea debitorului falit, *mărturisirea* acestuia cu privire la faptul că se află în faliment etc.

§3. Formele de insolvență

39. După ce definește insolvența ca fiind starea patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile^[5], textul art. 5 pct. 29 lit. a) și b) din Codul insolvenței face distincție între *insolvența prezumată* și *insolvența iminentă*.

^[1] Cas. III, dec. nr. 175 din 19 mai 1914, în Codul comercial adnotat (...), p. 428; în același sens, Cas. Ital. 26 mai 1934, *ibidem*.

^[2] Cas. II, dec. nr. 39 din 10 februarie 1901, în Codul comercial adnotat (...), p. 428.

^[3] C.A. Craiova, dec. civ. nr. 41 din 9 februarie 1999, publicată în E. Lovin, Culegere de practică judiciară în materie de faliment, Ed. Monitorul Oficial, București, 2001, p. 85.

^[4] M.N. Costin, A. Miff, op. cit., p. 88.

^[5] În doctrină s-a spus că, formulând această definiție, legiuitorul român a avut în vedere insolvența ca fapt împlinit, ca realitate economică și juridică potențială a patrimoniului debitorului sau, în alți termeni, insolvența actuală – M.N. Costin, C.M. Costin, Condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii insolvenței comerciale la cererea creditorului îndreptățit, în R.D.C. nr. 9/2006, p. 9.

În concepția legiuitorului român, insolvența este prezumată (prezumția fiind una relativă) atunci când debitorul, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori, iar insolvența este iminentă atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței^[1].

Pe lângă acestea, în doctrină se mai vorbește despre „insolvența propriu-zisă”, adică acea stare a patrimoniului în care insolvența este reală, datoriile sunt ajunse la scadență, iar disponibilul lipsește^[2]. Tot în literatura juridică, până la apariția Legii nr. 169/2010, se considera că trebuie acceptată și existența noțiunii de „insolvență prematură”, chiar dacă Legea nr. 85/2006 nu o definea și nici nu o menționa în mod explicit^[3].

Din raportarea la noțiunea de insolvență prezumată, se poate deduce că în cazul insolvenței iminente, spre deosebire de celelalte forme de insolvență, datoriile debitorului nu sunt încă exigibile, dar, totuși, se poate spune cu certitudine că la scadență persoana în cauză nu-și va putea achita obligațiile certe și lichide deja angajate, din cauza lipsei fondurilor bănești disponibile la acea dată.

Cu toate că oricare dintre aceste stări sunt apte să atragă aplicarea procedurii colective, trebuie să ținem seama de distincțiile respective, din punct de vedere al subiecților care pot cere declanșarea procedurii, precum și de modul în care poate fi dovedită starea de insolvență.

Astfel, în cazul insolvenței iminente, debitorul *va putea* să solicite deschiderea procedurii insolvenței, în timp ce în situația în care se găsește în insolvență, el are *obligația* legală de a face acest lucru. Potrivit art. 66 alin. (1) din Codul insolvenței, debitorul *aflat* în stare de insolvență este *obligat* să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor acestei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență. *Va putea* să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor Codului insolvenței și debitorul în cazul căruia apariția stării de insolvență este iminentă. În ceea ce-i privește, însă, pe creditori, legiuitorul a considerat că aceștia pot formula cerere de deschidere a procedurii dacă după 60 de zile de la scadență debitorul nu a înțeles să plătească datoria sa, împlinirea acestui termen dând naștere prezumției relative de insolvență.

40. În practica judiciară^[4] s-a constatat că insolvența este acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor exigibile. Faptul că, împotriva debitoarei, creditoarea are deschise alte

^[1] Chiar dacă în literatura de specialitate se consideră că legiuitorul a folosit o expresie pleonastică – nu va plăti la scadență datoriile exigibile – punându-se, astfel, problema dacă, din punct de vedere al efectelor juridice, „scadența datoriilor” reprezintă o noțiune distinctă de aceea a „datoriilor exigibile” (I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 45), apreciem că, în realitate, este vorba de un oximoron, dar totul se datorează numai faptului că legiuitorul a dorit să explice cât mai clar cu putință ce reprezintă insolvența iminentă.

^[2] V. Godâncă-Herlea, art. cit., p. 72; mai recent, se arată că, dacă din punct de vedere conceptual este posibilă o stare viitoare de insolvență, atunci, logic, trebuie să existe și o insolvență actuală, care nu este definită de legiuitor, deși este evident că ea există nu numai sub forma unei aparențe (o stare vizibilă imediat, la o simplă privire superficială), ci și sub forma unei realități demonstrabile – Gh. Piperea, op. cit., p. 280-281.

^[3] *Idem*, p. 46-47.

^[4] C.A. Constanța, s. com., mar. și fluv., cont. adm. și fisc., dec. nr. 2037/COM din 24 octombrie 2007, în B.C.A. nr. 1/2008, p. 19; în același sens, a se vedea C.S.J., s. com., dec. nr. 2092 din 15 iulie 1997, în V. Pătulea, C. Turianu, Drept comercial. Practică judiciară adnotată, Ed. All Beck, București, 1999, p. 206-207, prin care s-a reținut că, în mod netemeinic, cererea reclamantei recurente a fost respinsă ca prematură de către instanța de fond, cu motivarea că aceasta are posibilitatea executării silite a garanțiilor mobiliare și imobiliare, deoarece procedura falimentului nu este condiționată de executarea cu prioritate a gajului și a ipotecii, atâta vreme cât

căi – somația de plată, *executarea silită* individuală – nu este un argument de respingere a cererii sale, aceasta neputând fi obligată să urmeze o anumită cale, cât timp legiuitorul lasă la latitudinea creditorului să opteze pentru o procedură sau alta. Ceea ce reprezintă relevanță în cauză este faptul că debitoarea, deși recunoaște creanța creditorului, nu poate să o achite din cauza lipsei fondurilor bănești, aspect care determină starea de insolvență în care se găsește.

În literatura de specialitate s-a arătat că creditorii pot acționa împotriva debitorului numai după expirarea termenului care trebuie să curgă de la scadență (în prezent, 60 de zile)^[1], acest termen fiind considerat unul de *grație* acordat de legiuitor^[2], un *moratoriu* legal care curge de la scadența fiecărei datorii^[3].

Această concluzie se bazează pe mai multe dispoziții prevăzute de Codul insolvenței. Astfel, potrivit art. 70 alin. (1), „(1) Orice creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii prevăzute de prezentul titlu poate introduce o cerere de deschidere a procedurii împotriva unui debitor prezumat în insolvență, în care va preciza: a) quantumul și temeiul creanței; b) existența unui drept de preferință, constituit de către debitor sau instituit potrivit legii; c) existența unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului; d) declarația privind eventuala intenție de a participa la reorganizarea debitorului, caz în care va trebui să precizeze, cel puțin la nivel de principiu, modalitatea în care înțelege să participe la reorganizare”, la pct. 20 al art. 5 precizându-se faptul că „creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței este creditorul a cărui creanță asupra patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile”.

Natura juridică a termenului de 60 de zile este cea de termen legal suspensiv, o perioadă de *grație* acordată de legiuitor în scopul prevenirii declanșării procedurii în situația în care debitorul se află în situații pasagere de „jenă financiară”, care-l împiedică să-și onoreze datoriile la momentul scadenței^[4]. Ca atare, după ce creditorul constată că datoria pe care o are debitorul față de el nu a fost achitată la termenul convenit, acesta va trebui să aștepte cel puțin 60 de zile înainte de a înregistra la tribunal o cerere de deschidere a procedurii insolvenței, simpla neachitare a debitului la momentul scadenței având drept consecință curgerea de drept a termenului de *grație*, fără să fie necesară punerea în întârziere a datornicului ori îndeplinirea vreunei alte formalități prealabile^[5].

Chiar dacă, din punctul nostru de vedere^[6], prevederile legale sunt mai mult decât clare, în sensul că singurul care poate să solicite deschiderea procedurii colective în caz de *insolvență iminentă* este *debitorul însuși*, în doctrină s-a exprimat opinia că, într-un asemenea caz, și creditorii ar putea să ceară tribunalului declanșarea respectivei

intimată a încetat să efectueze plăți, fiind la latitudinea creditorului de a alege fie declararea falimentului, fie executarea garanțiilor, în condițiile în care are certitudinea că le poate fructifica.

[1] I. Turcu, Falimentul. Actuala procedură. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 308; pentru o soluție de speță, a se vedea Trib. Iași, sent. civ. nr. 14 din 23 ianuarie 2003, nepublicată, prin care s-a reținut că cererea creditorului privind deschiderea procedurii insolvenței trebuie respinsă, în condițiile în care debitorul face dovada că nu a încetat plățile mai mult de 30 de zile și că, dimpotrivă, face plăți importante în mod constant, refuzul debitorului, chiar neîntemeiat, de achitare a unei creanțe neconstituind temei pentru deschiderea procedurii insolvenței, dacă el nu se află în această stare.

[2] I. Schiau, op. cit., p. 107 și 117.

[3] M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure, op. cit., p. 39.

[4] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 41; I. Turcu, Falimentul. Actuala procedură (...), p. 309.

[5] Pentru opinia că, întrucât noua lege dă posibilitatea creditorilor de a acționa numai în etapa insolvenței vădite, ea constituie un regres în această privință, a se vedea V. Godâncă-Herlea, art. cit., p. 74.

[6] În același sens, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 279-280; B. Ștefănescu, Considerații de ansamblu referitoare la Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în Dreptul nr. 10/2006, p. 14.

proceduri^[1]. Sub acest aspect, se arată că insolvența iminentă nu poate fi prezumată, situație în care creditorul, potrivit principiului *onus probandi incumbit actori*, consacrat de art. 1169 C. civ. 1864 (și de art. 249 NCPC – *n.n.*), promovând o cerere de deschidere a procedurii, va trebui să facă dovada susținerilor sale, respectiv că debitorul la scadență nu va putea plăti datoriile ce vor deveni exigibile la care s-a angajat cu fondurile bănești pe care le va acumula și de care va putea dispune la data scadenței. Așadar, s-a conchis că, prin excepție de la regula generală, creditorul care urmărește declanșarea procedurii insolvenței iminente trebuie să aibă doar o creanță certă și lichidă față de debitor, nu, însă, și exigibilă, pentru că vorbim de iminența insolvenței. Legiuitorul permite reclamantului, pentru a nu se produce „dezastrul”, ca un mijloc de protecție, ca, după o analiză a patrimoniului debitorului, să tragă concluzia că creanța sa nu mai are șanse să ajungă la exigibilitate și, într-o astfel de ipoteză, să acționeze în instanță. Dovada insolvenței iminente, practic, presupune o analiză economică a patrimoniului debitorului, pentru că numai o astfel de analiză poate fi fundamentul luării deciziei de a formula cerere de deschidere a procedurii, dar pentru a face acest demers, creditorul trebuie să aibă date despre patrimoniul datornicului.

La falsa problemă referitoare la situația în care cererea creditorului pentru deschiderea procedurii colective pentru insolvență iminentă este respinsă, aceiași autori consideră că ar fi aplicabile prevederile art. 723 CPC 1865 (care corespunde art. 12 NCPC – *n.n.*), unde se statuează că drepturile procedurale trebuie exercitate cu bună-credință și potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege, folosirea acestor drepturi în mod abuziv atrăgând răspunderea pentru pagubele pricinuite. Așa fiind, în lipsa și a unei răspunderi de natură penală, debitorul prejudiciat are la îndemână o acțiune de drept comun în răspundere civilă delictuală pentru fapta proprie a persoanei juridice, având ca fundament dispozițiile art. 998 și 999 C. civ. 1864 (art. 1349, art. 1357 și urm. NCC – *n.n.*).

Apoi se arată că creditorul trebuie să dea dovadă de precauție, somându-l pe debitorul pe care îl suspectează de insolvență iminentă (printr-o notificare, potrivit art. 1079 C. civ. 1864 – art. 1522-1523 NCC – *n.n.*)^[2] să îi pună la dispoziție datele și informațiile

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 42-46.

^[2] În conformitate cu acest text, „(1) Dacă obligația consistă în a da sau în a face, debitorul se va pune în întârziere prin o *notificare* ce i se va face prin tribunalul domiciliului său. (2) *Debitorul este de drept în întârziere*: 1. în cazurile anume determinate de lege; 2. când s-a contractat expres că debitorul va fi în întârziere la împlinirea termenului, fără a fi necesitatea de notificare; 3. când obligația nu putea fi îndeplinită decât în un timp determinat, ce debitorul a lăsat să treacă”; NCC, în art. 1522 și 1523, statuează că „(1) Debitorul poate fi pus în întârziere fie printr-o *notificare scrisă* prin care creditorul îi solicită executarea obligației, fie prin cererea de chemare în judecată. (2) Dacă prin lege sau prin contract nu se prevede altfel, notificarea se comunică debitorului prin executor judecătoresc sau prin orice alt mijloc care asigură dovada comunicării. (3) Prin notificare trebuie să se acorde debitorului un termen de executare, ținând seama de natura obligației și de împrejurări. Dacă prin notificare nu se acordă un asemenea termen, debitorul poate să execute obligația într-un termen rezonabil, calculat din ziua comunicării notificării. (4) Până la expirarea termenului prevăzut la alin. (3), creditorul poate suspenda executarea propriei obligații, poate cere daune-interese, însă nu poate exercita celelalte drepturi prevăzute la art. 1516, dacă prin lege nu se prevede altfel. Creditorul poate exercita aceste drepturi dacă debitorul îl informează că nu va executa obligațiile în termenul stabilit sau dacă, la expirarea termenului, obligația nu a fost executată. (5) Cererea de chemare în judecată formulată de creditor, fără ca anterior debitorul să fi fost pus în întârziere, conferă debitorului dreptul de a executa obligația într-un termen rezonabil, calculat de la data când cererea i-a fost comunicată. Dacă obligația este executată în acest termen, cheltuielile de judecată rămân în sarcina creditorului”; „(1) *Debitorul se află de drept în întârziere* atunci când s-a stipulat că simpla împlinire a termenului stabilit pentru executare produce un asemenea efect. (2) De asemenea, debitorul se află de drept în întârziere în cazurile anume prevăzute de lege, precum și atunci când: a) obligația nu putea fi executată în mod util decât într-un anumit timp, pe care debitorul l-a lăsat să treacă, sau când nu a executat-o imediat, deși exista urgență; b) prin fapta sa, debitorul a făcut imposibilă executarea în

economice care i-ar fi necesare pentru a putea decide dacă va formula sau nu cererea introductivă. În ipoteza în care debitorul nu răspunde la notificare, creditorul nu mai săvârșește un abuz prin introducerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței iminente, situație în care se ridică o altă problemă de drept, respectiv dacă *judecătorul-sindic*, prin simpla formulare a cererii, înainte de a deschide procedura, are posibilitatea să *impu-nă debitorului să îi prezinte creditorului documentele și informațiile necesare* pentru ca acesta să-și completeze acțiunea cu date concrete.

Considerăm că această opinie nu este justă, în condițiile în care prevederile legale nu permit interpretarea că și altcineva decât debitorul ar putea să solicite aplicarea procedurii colective în caz de insolvență iminentă, deoarece niciun text de lege nu conferă creditorilor dreptul de acces la documentele și informațiile unui debitor al lor decât după ce judecătorul-sindic pronunță deschiderea respectivei proceduri, iar, corelativ, nu este reglementată niciăieri obligația unui debitor de a divulga creditorilor săi asemenea date.

Codul insolvenței are prevederi clare, de natură să excludă orice dubiu în această privință, prevăzând, la art. 5 pct. 20, care sunt condițiile pentru ca un creditor să poată cere deschiderea procedurii insolvenței, printre ele fiind aceea ca creanța să fi fost exigibilă de mai mult de 60 de zile, condiție ce presupune în mod necesar *insolvența prezumată*, iar nu pe cea iminentă.

§4. Dovada stării de insolvență

41. Din moment ce insolvența debitorului reprezintă o condiție esențială pentru deschiderea procedurii insolvenței, persoana care formulează o asemenea cerere trebuie să facă dovada existenței ei, într-una dintre formele prevăzute de actuala legislație, potrivit principiului înscris în art. 249 NCPC, conform căruia „Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o *dovedească*, în afară de cazurile anume prevăzute de lege”. În același sens, alin. (1) al art. 10 NCPC prevede că „Părțile au obligația să îndeplinească actele de procedură în condițiile, ordinea și termenele stabilite de lege sau de judecător, să își probeze *pretențiile și apărările*, să contribuie la desfășurarea fără întârziere a procesului, urmărind, tot astfel, finalizarea acestuia”.

Atâta timp cât Codul insolvenței nu conține nicio referire în acest sens, raportat la textul art. 342, potrivit căruia, „Dispozițiile prezentei legi se completează, în măsura în care nu contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil”, apreciem că pentru dovada stării de insolvență devin aplicabile prevederile art. 250 NCPC privitoare la regimul probelor în materie civilă, fiind de netăgăduit că ne aflăm pe tărâmul dreptului civil. În conformitate cu acest din urmă articol, „dovada unui act juridic sau a unui fapt se poate face prin înscrisuri, martori, prezumții, mărturisirea uneia dintre părți, făcută din proprie inițiativă sau obținută la interogatoriu, prin expertiză, prin mijloacele materiale de probă, prin cercetarea la fața locului sau prin orice alte mijloace prevăzute de lege”.

natură a obligației sau când a încălcat o obligație de a nu face; c) debitorul și-a manifestat în mod neîndoielnic față de creditor intenția de a nu executa obligația sau când, fiind vorba de o obligație cu executare succesivă, refuză ori neglijează să își execute obligația în mod repetat; d) nu a fost executată obligația de a plăti o sumă de bani, asumată în exercițiul activității unei întreprinderi; e) obligația se naște din săvârșirea unei fapte ilicite extracontractuale. (3) În cazurile prevăzute la alin. (1) și (2), dacă obligația devine scadentă după decesul debitorului, moștenitorii acestuia nu sunt în întârziere decât după trecerea a 15 zile de la data la care creditorul i-a notificat sau, după caz, de la data notificării curatorului desemnat în condițiile art. 1136. (4) Cazurile în care debitorul se află de drept în întârziere trebuie dovedite de creditor. Orice declarație sau stipulație contrară se consideră nescrisă”.

Întrucât insolvența are la bază faptul material al neplății la scadență a datoriilor certe și lichide legal asumate, înseamnă că *obiectul probei* trebuie să vizeze existența creanței, a cuantumului (întinderii) ei, starea de *încetare de plăți*, adică faptul neplății și lipsa sau insuficiența fondurilor bănești disponibile. Neachitarea după trecerea unui termen de 60 de zile de la scadență a unui debit conduce la instituirea unei prezumții legale relative, conform căreia debitorul se află în insolvență. Rămâne ca acesta, prin contestația formulată conform art. 72 alin. (3) din Codul insolvenței, să dovedească inexistența stării de insolvență. Așadar, în cadrul contestației, debitorul nu va putea face probațiune decât asupra inexistenței stării de insolvență.

Practica judiciară a statuat că cele trei caractere ale creanței invocate de creditor, aceea de a fi certă, lichidă și exigibilă, pentru a obține declanșarea procedurii de insolvență față de debitor, pot fi dovedite cu orice mijloc de probă, legea *neimpunând deținerea unui titlu executoriu în acest sens*. În măsura în care creditorul face dovada creanței sale prin facturi acceptate de debitor, prin recepționarea mărfurilor și achitarea de către acesta din urmă a unor taxe datorate statului în contul mărfurilor primite, fiind dovedite, astfel, caracterele creanței, *judecătorul-sindic* trebuia să admită cererea și să dispună deschiderea procedurii colective^[1].

În mod just, doctrina recentă a observat că legislația insolvenței utilizează termenul de „insuficiență”, și nu pe acela de „lipsă” a fondurilor bănești disponibile, ceea ce înseamnă că procedura insolvenței se va aplica chiar dacă debitorul dispune, totuși, de anumite sume de bani și face unele plăți, însă acestea nu sunt de ajuns pentru achitarea tuturor datoriilor scadente. Așadar, pentru a nu deveni subiect al procedurii concursuale, este esențial ca sumele de bani disponibile existente în patrimoniul debitorului să aibă cuantumul, „suficiența” necesară să acopere datoriile exigibile, în caz contrar putându-se deschide această procedură^[2]. Dacă, spre exemplu, un debitor *plătește parțial* salariile angajaților, facturile la utilități ori cele care provin de la furnizorii de materie primă, o parte din ratele către bănci sau alte instituții financiare, indiferent de cuantumul total al acestor sume, faptul plății parțiale nu poate duce la concluzia că persoana în cauză nu s-ar afla în stare de insolvență, legiuitorul nepretinzând ca debitorul să aibă lipsă totală de numerar (*cash flow*).

42. Apreciem că, din punct de vedere teoretic, dar mai ales practic, trebuie să distingem între cele două ipoteze în care poate fi inițiată procedura insolvenței, respectiv: la cererea creditorilor (*deschidere involuntară*) și la solicitarea debitorului (*deschidere voluntară*), iar în acest din urmă caz, între *insolvență iminentă* și *insolvență actuală*, pentru că în fiecare dintre aceste situații proba condiției *sine qua non* a insolvenței comportă anumite discuții.

Astfel, dacă cererea de deschidere a procedurii este promovată de creditorii, ei trebuie să dovedească existența creanței, întinderea și exigibilitatea ei. *Înscrisurile* reprezintă, conform art. 72 alin. (3) din Codul insolvenței, singurul mijloc de probă în dovedirea insolvenței, neplata putând fi dovedită prin prezentarea documentelor care consemnează nașterea obligației pârâtului debitor (contracte, facturi, cambii, bilete la ordin, cecuri, ordine de plată neonorate etc.) și, eventual, a registrelor profesionistului.

^[1] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 2089 din 12 iunie 2006, în C.P.J.Com. 2006, Drept material și drept procesual (...), vol. 2, p. 168-170.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 40.

Uneori, în literatura de specialitate se afirmă în mod greșit că „este permis creditorilor să facă dovada încetării plăților prin înscrisuri din care rezultă neplata la scadență a datoriilor”^[1]. Considerăm că niciun înscris nu poate să probeze efectiv că un anumit debitor nu și-a îndeplinit o obligație la momentul când aceasta a devenit exigibilă, ci, sub aspectul *sarcinii probei*, creditorul are îndatorirea de a înfățișa actul (*instrumentum probationis*) din care rezultă nașterea respectivei obligații de plată, rămânând în sarcina debitorului ca, în cazul în care contestă susținerile creditorului reclamant, să dovedească, prin prezentarea, de exemplu, a chitanței liberatorii, că a achitat debitul pretins. Potrivit teoriei generale a obligațiilor civile, din punctul de vedere al repartizării sarcinii probei între creditor și debitor, creditorul care pretinde executarea unei obligații trebuie să dovedească doar existența ei. La rândul său, în măsura în care debitorul pretinde stingerea ei prin plată, acesta va trebui să dovedească tocmai faptul efectuării plății^[2]. Creditorii ar mai putea prezenta înscrisuri din care să reiasă faptul că debitorul nu are disponibil în conturi sau că plățile le face cu *mijloace ruinătoare* ori frauduloase, precum și certificate eliberate de judecătorie din care rezultă protestele consemnate în registrele de proteste privind cambiiile sau documente care atestă neexecutarea de către acesta a hotărârilor judecătorești.

Referitor la *proba testimonială*, în sistemul Legii nr. 64/1995 și al Legii nr. 85/2006, opiniile erau împărțite. În timp ce unii autori erau de părere că aceasta este admisibilă în măsura în care instanța de judecată o consideră necesară și pertinentă^[3], alții apreciau că administrarea ei ar afecta situația profesională a debitorului^[4]. În ceea ce ne privește, apreciem că, raportat la principiile generale și la regimul probelor în materie civilă, dovada cu martori nu ar fi trebuit să fie considerată inadmisibilă *de plano*, însă ea trebuia primită, totuși, cu anumite *rezerve*.

Deși în cazul obligațiilor de a plăti o sumă de bani asumate în exercițiul activității unei întreprinderi este consacrată o mai mare libertate în folosirea probei testimoniale, dispozițiile noului Cod de procedură civilă prevăd că se poate face dovada cu martori, contra unui profesionist, a oricărui act juridic, indiferent de valoarea lui, dacă a fost făcut de acesta în exercițiul activității sale profesionale, în afară de cazul în care legea specială cere probă scrisă. Cu alte cuvinte, proba cu martori este admisibilă în contra unui profesionist, chiar dacă valoarea obiectului actului juridic este mai mare de 250 lei, cu condiția ca respectivul act să fi fost făcut de profesionist în exercițiul activității sale profesionale, în afară de cazul în care legea specială cere probă scrisă. Și anterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, Codul comercial prevedea că obligațiile și liberațiunile se probează cu martori ori de câte ori instanța judecătorească ar crede că trebuie să admită această dovadă (art. 46). Așadar, proba cu martori era admisibilă în drept, însă instanța avea libertatea să aprecieze, în condițiile concrete ale litigiului, concludența acestui mijloc de probă. Spre exemplu, pentru stabilirea situației patrimoniale reale a unui comer-

[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 44.

[2] Pentru o decizie de speță, a se vedea C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 1360 din 23 august 2012, nepublicată; în același sens, C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 337 din 8 aprilie 2008, și C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 155 din 27 iunie 2006, ambele nepublicate.

[3] R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul (...), p. 108; Drept falimentar român (...), p. 79; I. Schiau, op. cit., p. 109.

[4] St.D. Cărpenaru, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 635; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 50; M. Pașcanu, op. cit., p. 69; pentru o soluție de speță, a se vedea C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 2239 din 5 iulie 2006, în C.P.J.Com. 2006, Drept material și drept procesual (...), vol. 2, p. 171-175, hotărâre în care s-a reținut că proba cu martori nu este admisibilă în cadrul procedurii de insolvență.

ciant debitor despre care circulau în mediile de afaceri sau în presă informații că ar avea probleme financiare, judecătorul-sindic putea să primească drept dovadă în acest sens și mărturiile angajaților săi care sunt însărcinați cu ținerea registrelor contabile, această împrejurare neputând decât să ajute tribunalul să se lămurească asupra speței deduse judecății.

Codul insolvenței statuează că, în termen de 10 zile de la primirea cererii, debitorul trebuie fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență. Astfel cum arătat supra, ca element de noutate în materia probațiunii, se arată că, în cadrul judecării contestației, va putea fi administrată *doar proba cu înscrisuri* [art. 72 alin. (3)].

43. Legiuitorul este preocupat de *protecția creditului*, neplata la termenul convenit a unei obligații contractate aducând grave atingeri încrederii reciproce dintre *profesioniști* și, implicit, mediului de afaceri, pentru că diminuarea încrederii în plata la scadență a mărfurilor livrate, a serviciilor prestate și a lucrărilor executate duce la restrângerea relațiilor comerciale, care, într-o economie de piață funcțională, se desfășoară pe credit, ceea ce dăunează întregii societăți.

Pentru a veni în sprijinul creditorilor, legiuitorul a prezumat că un debitor este în stare de insolvență atunci când, după 60 de zile de la scadență, acesta nu a plătit datoria față de unul sau mai mulți creditori. Articolul 327 NCPC definește *prezumțiile* ca fiind „consecințele pe care legea sau judecătorul le trage dintr-un fapt cunoscut spre a stabili un fapt necunoscut”. Presumția legală, potrivit art. 328 din același Cod, „scutește de dovadă pe acela în folosul căruia este stabilită în tot ceea ce privește faptele considerate de lege ca fiind dovedite. Cu toate acestea, partea căreia îi profită prezumția trebuie să dovedească faptul cunoscut, vecin și conex, pe care se întemeiază aceasta. (2) Presumția legală poate fi înlăturată prin proba contrară, dacă legea nu dispune altfel”.

Așadar, în cazul nostru, creditorul trebuie să probeze că are o creanță certă împotriva debitorului pârât, care trebuia să-i fie achitată în urmă cu cel puțin 60 de zile^[1]. Rațiunea acestei prezumții constă în aceea că simplul fapt al neachitării unei datorii în termen de 60 de zile de când obligația a devenit exigibilă conferă creditorului dreptul de a solicita aplicarea procedurii colective, indiferent care a fost motivul neplății, cu condiția, bineînțeles, ca reclamantul să facă dovada că este titularul unei creanțe certe, lichide și exigibile, care are un quantum cel puțin egal cu valoarea-prag fixată de legiuitor.

Cu toate că nu este vorba decât de o prezumție legală relativă (*juris tantum*), care poate fi răsturnată prin proba contrarie, ce trebuie să vină din partea debitorului, adică în sensul că are suficiente lichidități pentru a-și plăti, integral și la termen, obligațiile față de creditori, în practică prevederea este de un real folos. Față de claritatea textului nu înțelegem de ce, totuși, uneori se afirmă că, pentru a asigura și protecția debitorului, pentru a opera prezumția de insolvență, creditorul trebuie să prezinte dovezi din care să rezulte lipsa de disponibil în contul datornicului^[2]. Aceasta, cu atât mai mult cu cât în majoritatea cazurilor creditorii sunt în imposibilitate obiectivă de a prezenta înscrisuri care să ateste lipsa de disponibil, știut fiind faptul că băncile, prevalându-se de „secretul bancar”, nu comunică niciunei persoane fizice sau juridice informații în legătură cu conturile clienților lor, excepție făcând doar solicitările care provin de la organele judiciare.

^[1] În practică s-a decis că hotărârea judecătorească se poate întemeia și pe prezumții, dacă acestea au greutate și puterea de a naște probabilitatea – C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 1488/R/COM din 28 noiembrie 2006, în B.J. 2006, p. 386-388.

^[2] St.D. Cărpănuș, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 636.

44. În cea de-a doua ipoteză, cea a *deschiderii voluntare a procedurii*, putem să spunem că avem de-a face cu o recunoaștere a stării de insolvență și, de aceea, practic, nu mai trebuie dovedit nimic. *Mărturisirea* este un mijloc de probă important, chiar dacă ea nu mai constituie „regina probelor”.

Potrivit alin. (1) al art. 348 NCPC, „constituie mărturisire recunoașterea de către una dintre părți, din proprie inițiativă sau în cadrul procedurii interogatoriului, a unui fapt pe care partea adversă își întemeiază pretenția sau, după caz, apărarea”.

Împrejurarea că un debitor, în temeiul art. 66 din Codul insolvenței, solicită să fie supus procedurii insolvenței, reprezintă nu numai o probă relevantă, ci și una suficientă în dovedirea stării de insolvență. Totuși, mărturisirea debitorului nu înseamnă în mod automat și recunoașterea creanțelor creditorilor, chiar dacă el trebuie să le indice [art. 67 alin. (1) lit. c)], obligându-l să atașeze la cererea introductivă, printre altele, o listă a numelor și a adreselor creditorilor, oricum ar fi creanțele acestora: certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință), deoarece prin aceasta debitorul nu a urmărit decât să dea consecințe juridice încetării plăților, astfel că, potrivit alin. (1) al art. 105, „toate creanțele vor fi supuse procedurii de verificare prevăzute de prezentul capitol, cu excepția creanțelor constatate prin hotărâri judecătorești executorii, precum și prin hotărâri arbitrale executorii”, creditorii, alții decât salariații, ale căror creanțe vor fi înregistrate potrivit evidențelor contabile, având dreptul ca, în termenul fixat în hotărârea de deschidere a procedurii, să-și prezinte creanțele administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar, după caz^[1].

Considerăm că, în acord cu noile dispoziții ale Codului insolvenței, cererea debitorului trebuie, la rândul său, să fie dovedită, sens în care legea impune ca ea să fie însoțită de o serie de acte care să ateste starea patrimonială a debitorului potent^[2].

Potrivit art. 67 alin. (2), „documentele prevăzute la alin. (1) se depun odată cu cererea de deschidere a procedurii sau, cel mai târziu, până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic. Nedepunerea documentelor prevăzute la alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) atrage *respingerea* (s.n.) cererii de deschidere a procedurii (...)”. De aceea, cererea introductivă reprezintă doar un mijloc indirect de probă, în sensul că simpla ei formulare, neînsoțită de documentele prevăzute de art. 67, nu este în măsură să dovedească în mod concludent insolvența, iar alin. (9) al art. 66 sancționează introducerea prematură, cu *rea-credință*, de către debitorul persoană fizică sau juridică a unei cereri de deschidere a procedurii cu atragerea răspunderii patrimoniale pentru pagubele pricinuite.

Legiuitorul sancționează o asemenea faptă pentru că este posibil ca un debitor să procedeze contrar scopului Legii insolvenței, urmărind, spre exemplu, blocarea unei executări silit individuale demarate de un creditor al său, întrucât, potrivit art. 75 alin. (1), de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare, extrajudiciare sau măsurile de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale; stoparea curgerii unor dobânzi sau penalități foarte oneroase, ceea ce este posibil prin aceea că art. 80 alin. (1) prevede că nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, cu excepția creanțelor prevăzute la art. 103 din Codul insolvenței; suspendarea de la tranzacționare, cu începere de la data primirii comunicării de către Autoritatea de Supraveghere Financiară, a acțiunilor

^[1] Gh. Gheorghiu, op. cit., p. 58.

^[2] A se vedea, sub imperiul Legii nr. 85/2006, I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 50.

societăților emitente, în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, cu modificările și completările ulterioare, ca urmare a deschiderii procedurii și până la data confirmării planului de reorganizare (art. 81).

O situație distinctă este cea în care debitorul înregistrează o *cerere de deschidere a procedurii* susținând că se află în stare de insolvență iminentă, știut fiind că nu are obligația de a solicita aplicarea procedurii concursuale, ci este vorba doar de o posibilitate ce i se conferă în acest sens. Nefiind vorba de o *insolvență actuală*, ci de una *iminentă*, simpla recunoaștere a debitorului nu mai poate avea deplină valoare probatorie a stării de insolvență, ci ea trebuie completată cu alte dovezi. S-a apreciat că rigoarea legii față de insolvența iminentă este justificată, având în vedere asimetria informațională în care se află creditorii față de debitor, acesta din urmă, în calitate de depozitar al informației economice și juridice referitoare la starea patrimoniului său, putând abuza de „beneficiul” pe care i-l lasă legislația insolvenței de a se pune sub protecția tribunalului, în contra eventualelor *urmăriri silite* individuale aflate la îndemâna creditorilor^[1].

Secțiunea a 4-a. Caracterul datoriilor care fac obiectul procedurii insolvenței

45. În prezent, datoriile care fac obiectul procedurii colective nu mai sunt circumstanțiate la cele de natură comercială. Din conținutul definiției legale a creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței (art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței) se poate deduce cu ușurință care sunt condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o creanță pentru a putea sta la baza unei cereri introductive, în temeiul art. 70 din același act normativ.

Reamintim că, prin creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii concursuale, se înțelege creditorul a cărui creanță împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile. Creditorii, inclusiv cei bugetari, vor putea solicita deschiderea procedurii insolvenței doar în cazul în care, după compensarea datoriilor reciproce, de orice natură, suma datorată acestora va depăși suma prevăzută la art. 5 pct. 72.

Ca atare, un creditor nu poate declanșa procedura insolvenței decât pentru *creanțe certe, lichide și exigibile*. În mod just în literatura de specialitate s-a arătat că la acestea se mai adaugă două condiții care rezultă din lege (creanța să fie egală sau superioară valorii-prag și debitorul să se afle în stare de insolvență)^[2].

Noțiunea de creanță certă este definită de Codul insolvenței în cadrul art. 5 pct. 20 teza a doua, având drept sursă de inspirație dispozițiile art. 379 alin. (3) CPC 1865^[3]. Potrivit textului menționat, „prin creanță certă, în sensul prezentei legi, se înțelege acea

[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 282; în același sens, a se vedea St.D. Cărpenaru, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 636.

[2] Gh. Piperea, op. cit., p. 271-272; în același sens, a se vedea I. Turcu, Tratat de insolvență, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 354-361; St.D. Cărpenaru, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 660; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 281-284.

[3] În conformitate cu art. 379 CPC 1865, „(1) Nicio urmărire asupra bunurilor mobile sau imobile nu poate avea loc decât pentru o creanță certă, lichidă și exigibilă. (2) Dacă datoria consistă în sumă nelămurită, urmărirea se vor amâna până mai întâi se va face lichidarea. (3) Creanța certă este aceea a cărei existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul. (4) Creanța este lichidă atunci când câtimea ei este determinată prin însuși actul de creanță sau când este determinabilă cu ajutorul actului de creanță sau și al altor acte neautentice, fie emanând de la debitor,

creanță a cărei existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emaneate de la debitor sau recunoscute de dânsul". Altfel spus, prin creanță certă se înțelege acea creanță a cărei existență este neîndoielnică, asupra căreia nu există litigiu. Corelativ, datoria are caracter cert dacă existența sa este neîndoielnică și cu privire la ea nu se poartă vreun proces. O datorie care nu este certă poate fi refuzată la plată de cel căruia i se solicită și, în aceste condiții, este evident faptul că neachitarea „datoriei” nu reprezintă o consecință a stării de insolvență, ci un mijloc de apărare, aflat la îndemâna debitorului.

Spre exemplu, în practică s-a decis că o creanță constatată prin facturi fiscale neacceptate de către debitoare și care nu sunt însoțite de alte documente din care să rezulte recunoașterea creanței de către debitor nu este considerată ca fiind certă și nu poate constitui temei pentru deschiderea procedurii insolvenței^[1]. Tot astfel, s-a considerat că o creanță nu este certă atâta timp cât cuantumul acesteia este contestat, între părți efectuându-se plăți în numerar și prin livrări de produse; pe cale de consecință, se impunea, pentru clarificarea debitului respectiv, administrarea de probe care însă nu se putea efectua decât în cazul chemării părții în judecată, printr-o acțiune separată, și în niciun caz pe calea contestației în cadrul procedurii insolvenței.

În noul Cod de procedură civilă, textul corespunzător art. 379 CPC 1865, art. 662, având titlul marginal „Creanța certă, lichidă și exigibilă”, prevede următoarele: „(1) Executarea silită nu se poate face decât dacă creanța este certă, lichidă și exigibilă. (2) Creanța este certă când existența ei neîndoielnică rezultă din însuși titlul executoriu. (3) Creanța este lichidă atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul executoriu conține elementele care permit stabilirea lui. (4) Creanța este exigibilă dacă obligația debitorului este ajunsă la scadență sau acesta este decăzut din beneficiul termenului de plată. (5) Creanțele cu termen și cele condiționale nu pot fi puse în executare, însă ele pot participa, în condițiile legii, la distribuirea sumelor rezultate din urmărirea silită a bunurilor aparținând debitorului”. Tocmai din această cauză, anterior intrării în vigoare a Codului insolvenței, au existat opinii care au susținut că, *de lege lata*, la solicitarea creditorilor, nu ar mai fi posibilă deschiderea procedurii insolvenței decât dacă creditorul declanșator *deține un titlu executoriu*, pentru că, raportat la dispozițiile art. 662 NCPC, numai în această ipoteză creanța reclamată are o existență neîndoielnică.

Deși considerăm că dispariția art. 379 CPC 1865 și intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă nu schimbaseră cu nimic datele problemei, Codul insolvenței a reintrodus definiția cuprinsă în vechiul Cod de procedură civilă. În orice caz, ne susținem opinia de mai sus, aplicabilă în cazul cererilor privind deschiderea procedurii formulate în temeiul Legii nr. 85/2006, ulterior intrării în vigoare a noului Cod de procedură civilă, pentru că, deși în doctrină procedurii insolvenței i se mai spune și „procedura de executare colectivă”, pentru ca un creditor să obțină o sentință de deschidere a acestei proceduri judiciare, el nu are nevoie să dețină un titlu executoriu cu privire la creanța sa.

Dacă nu ar fi așa, pe de o parte, nu s-ar ține seama de ceea ce este procedura reglementată de legislația insolvenței – o *procedură colectivă*, în care creditorii recunoscuiți

sunt recunoscute de dânsul, fie opozabile lui în baza unei dispoziții legale sau a stipulațiilor conținute în actul de creanță, chiar dacă prin această determinare ar fi nevoie de o osebită socoteală”.

^[1] Trib. Brăila, sent. civ. nr. 140/S din 11 decembrie 2003, în Manual de bune practici (...), p. 398; în același sens, C.A. Galați, dec. civ. nr. 33/R/2000, în Ministerul Justiției, C.P.J. 1999-2002, p. 284-285, C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 88 din 13 februarie 2001, în B.J. C.P.J. 2001, p. 424-425 și C.A. București, dec. nr. 757/1999, în C.P.J.Com. 1999, Ed. Rosetti, București, 2001, p. 192-194.

participă împreună la urmărirea și recuperarea creanțelor lor, în modalitățile prevăzute de acest act normativ, scopul acestei legi fiind instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență (art. 2) –, iar, pe de altă parte, s-ar ajunge ca, în majoritatea cazurilor, dat fiind faptul că parcurgerea unui proces civil pentru obținerea unui titlu executoriu ar dura o perioadă semnificativă, să nu se mai poată uza de una dintre modalitățile de realizare a procedurii insolvenței – procedura *reorganizării judiciare*, până la finalizarea litigiului de drept comun fiind zădărnice toate șansele care ar fi putut duce la salvarea debitorului insolvent. Or, reorganizarea debitorului persoană juridică și continuarea activității comerciale reprezintă un obiectiv prioritar al legislațiilor moderne, consacrat și de legislația română a insolvenței.

46. *Reorganizarea judiciară* reprezintă o alternativă la procedura *falimentului* și ea răspunde mai multor imperative, precum protejarea intereselor creditorilor, menținerea locurilor de muncă și, nu în ultimul rând, salvarea unei întreprinderi care, deși se confruntă cu anumite dificultăți financiare, desfășoară o activitate economică viabilă și contribuie la bugetul general consolidat al statului. Procedura de reorganizare judiciară este procedura care se aplică debitorului persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor.

Nu în ultimul rând, credem că s-ar omite faptul că suntem în prezența unei alte proceduri judiciare, iar condiția referitoare la deținerea unui *titlu executoriu*, care să ateste existența neîndoielnică a creanței, nu este cerută decât în situația în care creditorul dorește să urmeze procedura de executare individuală, reglementată de Cartea a V-a – „Despre executarea silită” – a noului Cod de procedură civilă, art. 662 regăsindu-se în Secțiunea 1 – „Sesizarea organului de executare” – a Capitolului IV – „Efectuarea executării silite” –, din Titlul I – „Dispoziții generale” – al acestei cărți. Aceasta, cu atât mai mult cu cât, potrivit art. 149 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, dispozițiile acestuia se completează, în măsura în care nu contravin, cu cele ale Codului de procedură civilă și ale Codului civil.

În opinia noastră, raportat nu numai la sensul comun al termenului („ceva de care nu te poți îndoi, sigur, neîndoiios”^[1]), ci și la alte prevederi din noul Cod de procedură civilă, putem să conchidem că un creditor nu trebuie să exhibe un titlu executoriu cu privire la creanța pe care o reclamă debitorului său, aflat în stare de insolvență. Avem în vedere, în acest sens, dispozițiile art. 1013 NCPC, conform cărora, „Prevederile prezentului titlu („Titlul IX. Procedura ordonanței de plată”, din Cartea a VI-a – *n.n.*) se aplică creanțelor certe, lichide și exigibile constând în obligații de plată a unor sume de bani care rezultă dintr-un contract civil, inclusiv din cele încheiate între un profesionist și o autoritate contractantă, constatată printr-un înscris ori determinate potrivit unui statut, regulament sau altui înscris, însoțit de părți prin semnătură ori în alt mod admis de lege”.

Apreciem că norma citată, deși se regăsește în titlul corespunzător procedurii ordonanței de plată, este compatibilă și cu procedura reglementată de Legea nr. 85/2006, pentru că în niciunul dintre aceste cazuri creditorul reclamant nu se găsește în posesia unui titlu executoriu (în primul caz, el chiar acest lucru urmărindu-l), însă solicită consultul organelor judiciare ale statului pentru a încerca să-și recupereze creanța față de un debitor. Este de subliniat faptul că dispoziția legală analizată se aseamănă cu alin. (3) al art. 379 CPC 1865: „Creanța certă este aceea a cărei existență rezultă din însuși actul

^[1] Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan – Al. Rosetti”, Dicționarul explicativ al limbii române, Ed. Univers Enciclopedic Gold, București, 2012, p. 173.

de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul”.

Într-adevăr, dacă obligația de plată a unei sume de bani izvorăște dintr-un contract, avem de-a face cu o creanță care rezultă din însuși actul de creanță, contractul nefiind altceva decât un acord de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic (art. 1166 NCC). Așadar, este certă obligația contractuală a cumpărătorului de a plăti prețul bunului achiziționat sau obligația locatarului de a plăti chiria bunului luat în locațiune ori obligația împrumutatului de a restitui suma împrumutată.

47. Tot noul Codul civil face referire la noțiunea de „creanță certă” atunci când reglementează acțiunea oblică și pe cea revocatorie. Astfel, potrivit art. 1560, „(1) Creditorul a cărui creanță este certă și exigibilă poate să exercite drepturile și acțiunile debitorului atunci când acesta, în prejudiciul creditorului, refuză sau neglijează să le exercite. (2) Creditorul nu va putea exercita drepturile și acțiunile care sunt strâns legate de persoana debitorului. (3) Cel împotriva căruia se exercită acțiunea oblică poate opune creditorului toate mijloacele de apărare pe care le-ar fi putut opune debitorului”, iar în conformitate cu art. 1562 și 1563, „(1) Dacă dovedește un prejudiciu, creditorul poate cere să fie declarate inopozabile față de el actele juridice încheiate de debitor în fraudă drepturilor sale, cum sunt cele prin care debitorul își creează sau își mărește o stare de insolvabilitate. (2) Un contract cu titlu oneros sau o plată făcută în executarea unui asemenea contract poate fi declarată inopozabilă numai atunci când terțul contractant ori cel care a primit plata cunoștea faptul că debitorul își creează sau își mărește starea de insolvabilitate”, „Creanța trebuie să fie certă la data introducerii acțiunii”.

Articolul 1563 reglementează o singură condiție pe care trebuie să o îndeplinească creanța creditorului, și anume caracterul cert al acesteia, textul legal nemenționând necesitatea titlului executoriu de constatare a creanței creditorului; este confirmată teza potrivit căreia acțiunea revocatorie, nefiind o măsură de executare, nu presupune, drept condiție de admisibilitate, un titlu executoriu^[1]. Acest aspect este confirmat și de Codul insolvenței, art. 5 pct. 20 prevăzând că „creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței este creditorul a cărui creanță asupra patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile. Prin creanță certă, în sensul prezentei legi, se înțelege acea creanță a cărei existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul”.

De asemenea, nici caracterul creanței de a fi lichidă nu este explicat în legea specială, dar tot art. 662 alin. (3) NCPD statuează că „creanța este lichidă atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul executoriu conține elementele care permit stabilirea lui”. În consecință, creanța va fi lichidă numai dacă este precis determinată sau, cel puțin, determinabilă în condițiile prevăzute de art. 662 alin. (3), coroborat cu art. 1013 alin. (1) NCPD. Nu sunt lichide creanțele al căror quantum urmează să fie stabilit prin intermediul justiției. Obligațiile care au ca obiect o sumă de bani determinată, adică acele datorii care prezintă relevanță în procedura insolvenței, sunt întotdeauna lichide. Ca atare, numai datorii care au ca obiect derivat plata unor sume de bani sunt datorii lichide în accepțiunea Codului insolvenței. Acele obligații care au ca obiect „a da” un bun mobil sau imo-

^[1] Pentru dezvoltări, a se vedea *Fr. Terré ș.a., Les obligations*, p. 1090 și *C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, ed. a 9-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 358, *apud* *Fl. A. Băias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1660.

bil ori executarea unei obligații „de a face” nu au caracter lichid și, pe cale de consecință, nu constituie datorii lichide menite să dovedească starea de insolvență, acestea putând fi executate silit pe cale individuală, ele neavând nimic de a face cu *încetarea de plăți* datorată lipsei de lichidități^[1].

48. O altă trăsătură a creanței vizează exigibilitatea acesteia. Prin *creanță exigibilă* se înțelege creanța ajunsă la scadență, care poate fi pretinsă, căreia i se poate cere de îndată executarea – „creanța este exigibilă dacă obligația debitorului este ajunsă la scadență sau acesta este decăzut din beneficiul termenului de plată” [art. 662 alin. (4) NCPC]. De aceea, creditorul nu poate solicita declanșarea procedurii pentru o datorie neajunsă la scadență sau a cărei scadență a fost amânată ori nu a fost determinată, chiar dacă ar invoca incapacitatea notorie de plată a debitorului. Creanța nu este exigibilă nici în cazul în care termenul de rambursare a fost reeșalonat^[2]. În cazul obligațiilor pure și simple, datoriile sunt exigibile de la momentul nașterii raportului juridic, în timp ce obligațiile afectate de un termen suspensiv devin exigibile numai la împlinirea termenului.

Practica judiciară a statuat că nu este îndeplinită condiția exigibilității creanței în cazul în care punerea în executare a titlului executoriu a fost suspendată^[3] sau când părțile litigante au semnat o convenție de reeșalonare a plății datoriei^[4].

Tot în literatura juridică s-a învederat că legislația insolvenței pretinde îndeplinirea aceluiași condiții ca pentru executarea silită a creanței, cu excepția condiției *titlului executoriu*, deoarece creanța stabilită printr-o hotărâre judecătorească îndeplinește toate cele trei condiții analizate mai sus. Așadar, pentru declanșarea *procedurii colective nu se cere existența unui titlu executoriu* constatator al creanței, dovadă în acest sens fiind și faptul că admiterea creditorului la masa credală se poate face chiar dacă el nu este în posesia unui titlu executoriu, dar probează existența unei *creanțe certe, lichide și exigibile*^[5]. De altfel, și în procedura de *executare silită* individuală, alin. ultim al art. 662 NCPC statuează următoarele: „Creanțele cu termen și cele condiționale nu pot fi puse în executare, însă ele pot participa, în condițiile legii, la distribuirea sumelor rezultate din urmărirea silită a bunurilor aparținând debitorului”.

Certitudinea existenței creanței operează nu numai atunci când este constatată printr-un titlu – hotărâre judecătorească sau *efect de comerț* învestit cu formulă executorie ori act administrativ –, ci și atunci când se constată printr-un *înscriș sub semnătură privată*. Existența unui titlu executoriu nu este o condiție pentru deschiderea procedurii insolvenței, iar asimilarea caracterului cert al creanței cu stabilirea acesteia printr-un titlu

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 48; N. Tăndăreanu, op. cit., p. 44.

[2] Sub acest aspect, cererea creditorilor având ca obiect deschiderea procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995, republicată, pentru recuperarea unei creanțe de 62.145.586 lei, a fost respinsă, reținându-se faptul că recurenta debitoare îi datorează reclamantei creditoare suma solicitată de la data de 1 aprilie 1999, când între părți s-a încheiat un contract de distribuție având ca obiect vânzarea de mărfuri proprietatea acesteia din urmă; la 27 noiembrie 2000, între cele două societăți s-a încheiat un protocol privind reeșalonarea datoriei, în sensul că debitoarea urma să achite un milion de lei lunar până la plata integrală a debitului, prima rată fiind achitată până în luna ianuarie 2001 și apoi, începând cu 24 aprilie 2001, plătindu-se lunar suma convenită prin protocol; s-a mai reținut că, prin formularea cererii de faliment, creditoarea a încălcat convenția părților privind plata eșalonată a datoriei, debitoarea fiind de bună-credință, prin faptul că a achitat lunar suma convenită, astfel încât în mod greșit Tribunalul Dâmbovița a admis cererea creditorilor pentru declanșarea procedurii falimentului – C.A. Ploiești, dec. civ. nr. 555 din 6 septembrie 2001, în Ministerul Justiției. C.P.J. 1999-2002, p. 299-300.

[3] Trib. Cluj, sent. civ. nr. 4467/C din 16 octombrie 2003, în Manual de bune practici (...), p. 395.

[4] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 1205 din 9 decembrie 2008, nepublicată.

[5] M.L. Belu Magdo, art. cit., p. 47.

executoriu este eronată, deoarece *natura juridică a procedurii insolvenței* nu este aceea a unei executări silite^[1].

49. Trebuie să menționăm faptul că, pentru a se putea formula o cerere de deschidere a procedurii insolvenței, legiuitorul a prevăzut că o astfel de creanță trebuie să atingă *valoarea-prag*.

Codul insolvenței, în art. 5 pct. 72, arată că „valoarea-prag reprezintă cuantumul minim al creanței, pentru a putea fi introdusă cererea de deschidere a procedurii de insolvență. Valoarea-prag este de 40.000 lei atât pentru creditor, cât și pentru debitor, inclusiv pentru cererile formulate de lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, pentru creanțe de altă natură decât cele salariale, iar pentru salariați este de 6 salarii medii brute pe economie/salariat”. Cu alte cuvinte, valoarea-prag reprezintă întinderea creanței pentru a putea fi introdusă cererea de declanșare de către creditor și ea diferă în raport de felul creanței – creanță salarială sau de altă natură.

În reglementarea dată prin Codul insolvenței, valoarea-prag este de 40.000 lei atât pentru creditor, cât și pentru debitor, inclusiv pentru procedurile deschise în baza Legii nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, pentru creanțe de altă natură decât cele salariale. Totuși, dacă există mai multe cereri formulate de creditori diferiți împotriva aceluiași debitor, nu este necesar ca fiecare creanță reclamată să aibă o valoare minimă de 40.000 lei, respectiv de 6 salarii medii brute pe economie/salariat, după caz. Acest aspect rezultă cu claritate din cuprinsul alin. (3) al art. 70 din Codul insolvenței, potrivit căruia „dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării acestei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul, prin serviciul de registratură, va verifica, din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol și va înregistra cererea la dosarul existent. Judecătorul-sindic va stabili îndeplinirea condițiilor referitoare la cuantumul minim al creanțelor, în raport cu *valoarea însumată* (s.n.) a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri și cu respectarea valorii-prag prevăzute de prezentul titlu, și va comunica cererile debitorului”.

Nu în ultimul rând, nivelul minim al creanței stabilit prin pct. 72 al art. 5 din Codul insolvenței nu este cerut nici creditorilor îndreptățiți să participe la procedură, ulterior deschiderii acesteia, astfel cum sunt ei definiți la pct. 19 al aceluiași articol, în conformitate cu care „creditor îndreptătit să participe la procedură este acel titular al unui drept de creanță asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, în urma admiterii căreia acesta dobândește drepturile și obligațiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură, precum și prin închiderea procedurii; au calitatea de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului”.

Deci acei creditori ale căror *creanțe* sunt *certe, lichide și exigibile* de mai mult de 60 de zile de la scadență, dar au un cuantum inferior valorii-prag, chiar dacă au dreptul să

^[1] *Ibidem*; pentru soluții jurisprudențiale, a se vedea C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 16 din 13 ianuarie 2000, în Ministerul Justiției, C.P.J. 1999-2002, p. 283; C.A. Ploiești, dec. civ. nr. 69 din 9 februarie 2001, în Ministerul Justiției, C.P.J. 1999-2002, p. 284; C.A. Ploiești, dec. civ. nr. 146 din 9 martie 2001, în Ministerul Justiției, C.P.J. 1999-2002, p. 284; Trib. București, s. com., sent. nr. 3681 din 13 octombrie 1997, în C.P.J.Com. 1990-1998, p. 454-456; C.A. București, s. com. dec. nr. 54/1999, în C.P.J.Com. 1999, p. 201-203.

participe la procedura insolvenței, sub condiția, bineînțeles, ca o asemenea procedură să fi fost deja deschisă, sens în care își pot declara creanța la masa credală, nu au dreptul să și solicite declanșarea *procedurii colective* prin formularea unei cereri introductive, prin stabilirea acestui minim al creanței legiuitorul român nedorind altceva decât să se asigure că procedura insolvenței se justifică a fi declanșată în locul celei obișnuite, reglementate de Codul de procedură civilă.

50. Unii autori au susținut că ar mai exista și o așa-zisă „a șasea condiție” pentru deschiderea procedurii insolvenței^[1]. Astfel, se susține că, deși nu rezultă expres din prevederile legislației insolvenței, doctrina și jurisprudența pretind, în mod justificat, și o a șasea condiție pe care trebuie să o îndeplinească cererea creditorului pentru a putea fi considerată admisibilă, respectiv creanța să fi fost *cerută la plată*, și nu numai exigibilă.

Cu alte cuvinte, n-ar fi suficient ca un debitor să aibă datorii certe, lichide și exigibile de mai mult de 60 de zile, al căror quantum depășește *valoarea-prag* prevăzută de lege și patrimoniul său să se afle în insolvență pentru ca această persoană fizică sau juridică să fie supusă, la solicitarea creditorilor, procedurii insolvenței, ci se mai impune ca creditorii să-i solicite la plată respectivele debite. În argumentare se arată că, pentru a putea fundamenta *prezumția de insolvență*, *creanța* reclamată de creditor trebuie să fie nu numai *certă, lichidă și exigibilă* peste termenul prevăzut de lege (în prezent, 60 de zile), ci și cerută debitorului spre plată, întrucât numai în acest caz se poate prezuma că acesta din urmă se află în imposibilitate obiectivă de a o achita.

Este adevărat că nu poate fi exclus faptul că un creditor să nu facă nimic împotriva debitorului său, în termenul stabilit de lege, în scopul recuperării creanței sale ori al iertării de datorie și chiar dacă asemenea cazuri sunt rare, ele nu sunt și inexistente, căci altfel nu s-ar fi justificat reglementarea instituției *prescripției extinctive* și cea a *remiterii de datorie*. Însă, *de lege lata*, nu se poate susține cu temei că, dacă un creditor care deține o creanță certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile, al cărei quantum este cel puțin egal cu valoarea-prag, omite să o pretindă la plată debitorului său, acțiunea acestuia ar trebui respinsă ca inadmisibilă.

În primul rând, trebuie spus că *inadmisibilitatea*, ca mijloc de apărare cu o natură juridică mixtă, reprezintă o excepție prin efectul spre care tinde, ea aflându-se sub incidența prevederilor art. 245 și urm. NCPC. Excepția procesuală este mijlocul prin care, în condițiile legii, partea interesată, procurorul sau instanța invocă, fără să pună în discuție fondul dreptului, neregularități procedurale privitoare la compunerea completului sau constituirea instanței, competența instanței ori la procedura de judecată sau lipsuri referitoare la dreptul la acțiune urmărind, după caz, declinarea competenței, amânarea judecării, refacerea unor acte ori anularea, respingerea sau perimarea cererii. De asemenea, art. 248 dispune că instanța se va pronunța mai întâi asupra excepțiilor de procedură, precum și asupra celor de fond care fac inutilă, în tot sau în parte, administrarea de probe ori, după caz, cercetarea în fond a cauzei. În cazul în care s-au invocat simultan mai multe excepții, instanța va determina ordinea de soluționare în funcție de efectele pe care acestea le produc. Dacă instanța nu se poate pronunța de îndată asupra excepției invocate, va amâna judecata și va stabili un termen scurt în vederea soluționării excepției. Excepțiile vor putea fi unite cu administrarea probelor, respectiv cu fondul cauzei numai dacă pentru judecarea lor este necesar să se administreze aceleași dovezi ca și pentru finalizarea etapei cercetării procesului sau, după caz, pentru soluționarea

^[1] A se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 271-272 și p. 466, nota 20.

fondului, încheierea prin care s-a respins excepția, precum și cea prin care, după admiterea excepției, instanța a rămas în continuare investită, putând fi atacate numai odată cu fondul/ dacă legea nu dispune altfel.

În al doilea rând, în conformitate cu prevederile art. 193 din același Cod, sesizarea instanței se poate face numai după îndeplinirea unei proceduri prealabile, dacă legea prevede în mod expres aceasta, dovada îndeplinirii procedurii prealabile trebuind a fi anexată la cererea de chemare în judecată. Neîndeplinirea procedurii prealabile nu poate fi invocată decât de către pârât prin întâmpinare, sub sancțiunea decăderii.

Or, nicaieri în cuprinsul legislației insolvenței nu se prevede o atare condiție.

Pe de altă parte, dacă, într-adevăr, respectivul debitor, căruia nu i s-a solicitat plata creanței, are mijloace financiare să facă acest lucru, nimic nu îl va împiedica să procedeze, după ce i s-a comunicat copia cererii creditorului, la stingerea acelei datorii, situație în care acțiunea promovată de creditor va fi respinsă, însă pe considerentul că nu mai există debit.

Secțiunea a 5-a. Deschiderea procedurii la cererea debitorului

§1. Condițiile introducerii cererii de către debitor

51. Prin debitor, potrivit art. 5 pct. 26 din Codul insolvenței, se înțelege „persoana fizică sau juridică care poate fi subiect al unei proceduri prevăzute de prezenta lege”.

Având în vedere că cel mai în măsură să cunoască starea de insolvență sau cea de *insolvență iminentă* a patrimoniului său este însuși debitorul, era normal ca legiuitorul să-i recunoască un rol important în declanșarea *procedurii colective*. Creditorii, după cum am arătat deja, neavând dreptul să solicite deschiderea procedurii pentru insolvență iminentă, ci doar pentru *insolvență propriu-zisă*, nu pot acționa anterior producerii unui dezechilibru real și manifest în patrimoniul datornicului, când, deja, dificultățile financiare sunt exteriorizate prin incapacitatea de plată a obligațiilor scadente.

În situația procedurii inițiate de însuși debitorul insolvent sau de cel aflat în stare de insolvență iminentă, trebuie să distingem între cazurile în care debitorul are *obligația* de a solicita deschiderea procedurii insolvenței și cele în care el are doar *posibilitatea*, facultatea recunoscută de dreptul pozitiv în acest sens.

În conformitate cu art. 66 alin. (1)-(4) din Codul insolvenței, „Debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență. La cererea adresată tribunalului va fi anexată dovada notificării organului fiscal competent cu privire la intenția de deschidere a procedurii insolvenței. (2) Dacă la data expirării termenului prevăzut la alin. (1) debitorul este angrenat, cu bună-credință, în negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor sale, acesta are obligația de a adresa tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de 5 zile de la eșuarea negocierilor. (3) Dacă în cursul negocierilor derulate în cadrul unei proceduri de mandat ad-hoc sau de concordat preventiv debitorul ajunge în stare de insolvență, dar există presupunerea rezonabilă, bazată pe indicii temeinice, că rezultatele negocierilor ar putea fi valorificate în termen scurt prin încheierea unui acord extrajudiciar, debitorul, de bună-credință, trebuie să introducă cererea de deschidere a procedurii în condițiile și termenul prevăzute la alin. (2). În caz contrar, debitorul trebuie să introducă cererea

de deschidere a procedurii insolvenței în termen de 30 de zile de la apariția stării de insolvență. (4) Debitorul în cazul căruia apariția stării de insolvență este iminentă va putea să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentului titlu”.

Ca o consecință a „tăcerii” legii, considerăm că are datoria de a formula cerere de deschidere a procedurii, în condițiile alin. (1) al articolului citat, oricare dintre cei menționați la art. 3 alin. (1) din Codul insolvenței, fără să prezinte nicio importanță dacă este vorba de o persoană fizică sau de una juridică, de vreme ce, în art. 38 alin. (2) lit. f), s-a stabilit că procedura simplificată se aplică și oricărei persoane care desfășoară activități specifice *profesioniștilor*, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate.

Prin sintagma „apariția stării de insolvență” urmează să înțelegem constatarea de către debitor, pe baza datelor proprii contabilității, că fondurile sale bănești disponibile sunt insuficiente pentru a plăti datoriile bănești certe, lichide și exigibile de mai mult de 30 de zile^[1].

Spre deosebire de prevederile Legii nr. 85/2006, care stabileau ca nivelul creanței reclamate și neachitate să atingă valoarea-prag doar pentru cererile creditorilor, nu și pentru cererile debitorilor, Codul insolvenței prevede, la art. 5 pct. 72, că valoarea-prag de 40.000 lei trebuie atinsă atât pentru creditorii, cât și pentru debitorii, punând, astfel, capăt unei controverse pe această temă din literatura juridică^[2].

Este binevenită această reglementare, întrucât, pe de o parte, ceea ce reprezintă creanță pentru creditor constituie datorie pentru debitor, împrejurare care impune aplicarea aceleiași unități de măsură în aprecierea stării de insolvență a debitorului, iar, pe de altă parte, fără o determinare a cuantumului datoriei pot apărea dubii în legătură cu obligația debitorului privind cererea introductivă. De asemenea, este posibil ca un debitor de *rea-credință* să dorească să fie supus dispozițiilor Codului insolvenței pentru cu totul alte scopuri decât acela urmărit de legiuitor – instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență.

52. Nevoia sporită de protecție a creditului în activitatea comercială, în general, dar nu numai, a fost cea care a indus ideea formulării *cererii* debitorului privind deschiderea procedurii la momentul potrivit, sub sancțiunea răspunderii acestuia pentru prejudiciile pricinuite prin *introducerea prematură*, cu *rea-credință* (prin efectul suspensiv al acțiunilor pentru realizarea creanțelor contra debitorului și al curgerii dobânzilor și al penalităților) sau *tardivă a cererii* (prin agravarea stării de insolvență)^[3].

Distincția de care se impune să ținem seama este că, în ipoteza în care debitorul nu introduce o astfel de cerere în termenul stabilit de lege sau o introduce cu întârziere, adică peste termenul stabilit de lege, el este pasibil de *răspundere penală* în condițiile art. 240 NCP, iar în cazurile în care debitorul introduce prematur, cu *rea-credință*, o

[1] I. Turcu, M. Stan, Legea privind procedura insolvenței – o nouă etapă în reforma legislativă, în R.D.C. nr. 6/2006, p. 19-20.

[2] În sensul că pentru cererea debitorului nu se cere atingerea valorii prag, a se vedea I. Turcu, Tratat de insolvență (...), p. 351; I. Turcu, Legea procedurii insolvenței (...), p. 200; Gh. Piperea, op. cit., p. 453; în sensul că, și fără o prevedere legală expresă în acest sens, trebuie să se aibă în vedere valoarea-prag fixată pentru cererile creditorilor, a se vedea St.D. Cârpenaru, Cererea introductivă a debitorului în procedura insolvenței, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, p. 490; St.D. Cârpenaru, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 656; I. Turcu, M. Stan, art. cit., p. 20.

[3] M.L. Belu Magdo, art. cit., p. 49.

cerere de deschidere a procedurii, poate fi atrasă răspunderea sa *patrimonială* pentru prejudiciile cauzate.

În acest sens, trebuie să facem precizarea că legea sancționează acțiunea debitorului nu numai atunci când promovarea cererii introductive s-a făcut cu rea-credință, ci și atunci când cererea a fost formulată tardiv. Totodată, legiuitorul sancționează și inacțiunea debitorului aflat în insolvență, dar care nu introduce o cerere de deschidere a *procedurii colective*, doar aceste ultime două fapte – introducerea tardivă și neintroducerea cererii – putând constitui elementul material al infracțiunii de *bancrută simplă*^[1].

Potrivit art. 240 alin. (1) NCP, „Neintroducerea sau introducerea tardivă, de către debitorul persoană fizică ori de reprezentantul legal al persoanei juridice debitoare, a cererii de deschidere a procedurii insolvenței, într-un termen care depășește cu mai mult de 6 luni termenul prevăzut de lege de la apariția stării de insolvență, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă” (art. 66 din Codul insolvenței stabilește că debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus procedurii insolvenței).

Chiar dacă este evident, în lipsa oricărei referiri a textului legal^[2], că acoperirea prejudiciului cauzat prin formularea prematură, cu rea-credință, a unei cereri introductive de către debitor îi vizează pe creditorii acestuia, în doctrină părerile sunt împărțite cu privire la determinarea mijlocului procesual utilizabil pentru repararea pagubei pricinuite.

Astfel, într-o primă opinie^[3] se consideră că introducerea prematură, cu rea-credință, a cererii de deschidere a procedurii, de exemplu, numai pentru a suspenda un proces sau o executare silită prin efectul normei legale din art. 75 alin. (1) din Codul insolvenței, atrage răspunderea patrimonială a debitorului persoană fizică sau a reprezentanților statutari ai persoanei juridice debitoare pentru prejudiciile pricinuite și că această răspundere se stabilește de către *judecătorul-sindic*, în cadrul procedurii. În această interpretare se extinde, așadar, aplicarea acțiunii reglementate de art. 169, în sprijinul opiniei invocându-se o decizie din jurisprudența franceză, în care Curtea de Casație a aplicat norma legală similară din legea franceză referitoare la răspunderea organelor de conducere a persoanei juridice debitoare, în sensul că justifică obligarea la acoperirea insuficienței activului debitorului^[4].

În schimb, într-o altă opinie^[5] se susține că răspunderea debitorului pentru prematuritatea cererii de deschidere a procedurii și reaua sa credință este, de regulă, generală, respectiv o răspundere față de un anumit creditor sau față de un anume acționar, prejudiciat prin introducerea prea devreme a cererii, și doar în cazuri excepționale ne vom găsi în prezența unui prejudiciu colectiv, al tuturor creditorilor sau acționarilor, prejudiciu care trebuie acoperit în cadrul procedurii, prin trecerea *creanței de despăgubiri* pe tabelul creanțelor. Instanța competentă să se pronunțe asupra acțiunii în răspundere este, în mod obișnuit, *instanța de drept comun*, numai în mod excepțional fiind competent să

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 251.

[2] În conformitate cu art. 66 alin. (9) din Codul insolvenței, „introducerea prematură, cu rea-credință, de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii atrage răspunderea patrimonială a debitorului persoană fizică sau juridică, pentru prejudiciile pricinuite”.

[3] I. Turcu, *Tratat de insolvență (...)*, p. 352; I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 201; acest autor s-a exprimat în același sens și înainte de apariția Legii nr. 85/2006, I. Turcu, *Deschiderea procedurii insolvenței comercianților*, în R.D.C. nr. 12/2002, p. 18; St.D. Cârpenaru, *Cererea introductivă a debitorului (...)*, p. 495.

[4] Com. 8 oct. 1996, *Petites affiches* 7 mars 1997, no. 29, p. 21, obs. D. Gibirila.

[5] Gh. Piperea, op. cit., p. 459-461.

se pronunțe judecătorul-sindic (era vorba de cazurile în care se menținea deschisă procedura, chiar dacă s-au constatat prematuritatea și reaua-credință a cererii debitorului).

53. Considerăm că pricinuirea unei pagube prin *introducerea prematură, cu rea-credință*, de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței este, fără puțință de tăgadă, supusă la reparațiune, însă trebuie avute în vedere următoarele repere:

a) art. 66 alin. (9) din Codul insolvenței pretinde ca introducerea cererii de deschidere a procedurii colective să se facă nu numai prematur, adică înainte de instalarea stării de *insolvență propriu-zisă* ori a *insolvenței iminente*, ci și cu *rea-credință*, adică debitorul conștientizează că patrimoniul său nu se află în niciuna dintre cele două forme de insolvență consacrate de legiuitor și totuși adresează o cerere în acest sens *judecătorului-sindic*, prin aceasta neurmărind atingerea scopului recunoscut de art. 2 – instituirea unei *proceduri colective* pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență –, ci alte scopuri la care am făcut referire mai sus (suspendarea urmăririlor individuale, a unor procese pe cale să le piardă, a dobânzilor și a penalităților foarte oneroase etc.);

b) repararea pagubelor pricinuite prin introducerea prematură, cu rea-credință, de către debitor a unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței este o *răspundere civilă delictuală*, adică o *răspundere pentru fapta proprie* care a cauzat altei persoane un prejudiciu și care, în lumina principiilor dreptului comun consfințite de art. 1357 și urm. NCC^[1], îl obligă pe autor să acopere acea pagubă; răspunderea civilă este o formă a răspunderii juridice, reprezentând raportul obligațional în temeiul căruia cel care a păgubit pe altul este ținut să repare prejudiciul suferit de victimă^[2]; Codul nostru civil reglementează două tipuri ale răspunderii civile: una contractuală (art. 1350) și cealaltă delictuală (art. 1349), aceasta din urmă intervenind atunci când prin fapta păgubitoare se încalcă o obligație extracontractuală^[3];

c) în cazul debitorului persoană juridică avem de-a face cu o *răspundere civilă delictuală a persoanei juridice pentru fapta proprie*, și nu cu o răspundere a membrilor organelor de conducere; răspunderea reglementată de art. 169 din Codul insolvenței nu poate fi extinsă prin analogie la alte cazuri decât cele strict enumerate de legiuitor și ea poate interveni numai dacă în speță sunt îndeplinite toate condițiile cerute de text, respectiv: 1) prejudiciul creditorilor; 2) fapta ilicită a membrilor organelor de supraveghere și/sau de conducere din cadrul societății, precum și a oricărei alte persoane care a cauzat starea de insolvență a debitorului, faptă care trebuie să se încadreze în cel puțin unul dintre cazurile prevăzute de art. 169 alin. (1) lit. a)-h); 3) vinovăția (culpa, în sens

[1] Potrivit dispozițiilor art. 1357 NCC, „(1) Cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, este obligat să îl repare. (2) Autorul prejudiciului răspunde pentru cea mai ușoară culpă”.

[2] Pentru dezvoltări, a se vedea M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, p. 6 și urm.; I.M. Anghel, Fr. Deak, M.F. Popa, *Răspunderea civilă*, Ed. Științifică, București, 1970, p. 9 și urm.; L. Pop, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 163 și urm.; C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., p. 125 și urm.; P. Drăghici, *Faptul juridic ilicit cauzator de prejudicii*, Ed. Universitaria, Craiova, 1999, p. 41 și urm.

[3] T.R. Popescu, P. Anca, *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Științifică, București, 1968, p. 163; art. 1349 NCC prevede următoarele: „(1) Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane. (2) Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral. (3) În cazurile anume prevăzute de lege, o persoană este obligată să repare prejudiciul cauzat de fapta altuia, de lucrurile ori animalele aflate sub paza sa, precum și de ruina edificiului. (4) Răspunderea pentru prejudiciile cauzate de produsele cu defecte se stabilește prin lege specială”.

civil)^[1] persoanei a cărei răspundere este cerută; 4) raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul cauzat, fără a se omite aspectul că ne aflăm în materia insolvenței; cu alte cuvinte, trebuie dovedit faptul că există o legătură de tipul cauză-efect între fapta imputată și *încetarea plăților* debitorului, cu observația că noua viziune a Codului insolvenței stabilește o cauzalitate bazată pe teoria indivizibilității cauzei cu condițiile^[2] („au contribuit” în loc de „au cauzat”);

54. Principiul de la care trebuie să pornim este că persoanele juridice, indiferent de forma lor juridică, sunt ținute să răspundă exact ca și persoanele fizice pentru pagubele cauzate terțelor persoane. În legislația română, *răspunderea civilă delictuală pentru fapta proprie a persoanei juridice*, până la intrarea în vigoare a noului Cod civil, a fost reglementată de Decretul nr. 31/1954 privitor la persoanele fizice și persoanele juridice și în unele reglementări speciale referitoare la anumite categorii de persoane juridice. Decretul nr. 31/1954, în art. 35 alin. (3), prevedea că „faptele ilicite săvârșite de organele sale obligă însăși persoana juridică, dacă au fost îndeplinite cu prilejul exercitării funcției lor”.

În prezent, potrivit art. 219 NCC, „(1) Faptele licite sau ilicite săvârșite de organele persoanei juridice obligă însăși persoana juridică, însă numai dacă ele au legătură cu atribuțiile sau cu scopul funcțiilor încredințate. (2) Faptele ilicite atrag și răspunderea personală și solidară a celor care le-au săvârșit, atât față de persoana juridică, cât și față de terți”. Persoana juridică nu poate avea o voință conștientă decât prin intermediul unor persoane fizice, deoarece ființa sa se exprimă, se manifestă și acționează prin organele sale, care sunt părți intrinseci ale acesteia. O persoană juridică nu poate face acte sau fapte juridice decât cu ajutorul organelor care-i exprimă voința.

În ceea ce privește raportul dintre persoana juridică și organele sale, ne aflăm în fața unei singure entități de drept – persoana juridică –, ce se exprimă prin organele sale^[3]. Această idee, a unei singure entități juridice, stă la baza art. 218 alin. (1) NCC, care prevede că „actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice înseși”, text ce a preluat, aproape *ad litteram*, dispozițiile art. 35 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954, cu privire la care, în literatura de specialitate, s-a arătat că reprezintă aplicarea în materia răspunderii civile a teoriei organiciste, conform căreia ființa persoanei juridice se exprimă prin organele sale^[4].

^[1] Pentru a nu da naștere la nicio confuzie, facem precizarea că în dreptul civil latura subiectivă a faptei prejudiciabile este exprimată, în marea majoritate a cazurilor, prin termenul de *culpă* și, în unele cazuri, prin acela de *greșeală*; de altfel, alin. (2) al art. 1357 NCC prevede expres că „autorul prejudiciului răspunde pentru cea mai ușoară *culpă*”; dacă în dreptul penal noțiunea de *culpă* desemnează formele neintenționate ale vinovăției, în dreptul civil ea exprimă toate formele de vinovăție, inclusiv caracterul intențional al faptei; pornind de la prevederile Codului civil, coroborate cu cele ale art. 16 NCP, doctrina apreciază ca forme ale culpei civile dolul direct sau indirect, corespunzătoare intenției din legea penală, și imprudența sau neglijența, similare culpei din dreptul penal.

^[2] A se vedea, în acest sens, C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil, Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1994, p. 172. Acești autori vorbesc despre faptul că, „pornindu-se de la aceste premise teoretice, în literatură a fost propusă noțiunea unitară de complex cauzal (sau relație cauzală complexă), aptă să explice atât acțiunea unitară a unor cauze de diferite tipuri (directe, indirecte, principale, secundare, concomitente, succesive), cât și acțiunea unitară a cauzelor și condițiilor în direcția producerii unui efect unic. Acest concept, bazat pe teza indivizibilității cauzei și condițiilor, separă elementele care, în mod obiectiv, se integrează raportului cauzal (cauze și condiții cu rol cauzal) de acele elemente care nu au eficiență cauzală”.

^[3] C. Stătescu, *Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București 1984, p. 129.

^[4] I. Luță, *Contribuții la studiul răspunderii civile delictuale*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1997, p. 70.

Având în vedere aceste reglementări, rezultă că în dreptul nostru nu există nicio îndoială că obligația persoanelor juridice de a repara pagubele pricinuite prin faptele ilicite ale organelor lor se încadrează în categoria răspunderii directe, pentru fapta proprie, iar nu pentru fapta altuia.

Persoana juridică răspunde cu patrimoniul ei pentru prejudiciul produs de organele sale, fie că acestea au cauzat terților o pagubă făcând ceea ce nu erau în drept să facă (*culpa in committendo*), fie că s-au abținut de la a face ceea ce erau datorate să facă (*culpa in omittendo*)^[1]. Răspunderea civilă delictuală a persoanei juridice pentru fapta proprie nu implică o răspundere pentru fapta altuia, ci pentru o formă de activitate proprie, realizată prin intermediul altuia și determinată de structura corporativă, care presupune, în mod necesar, un transfer de putere și răspundere între persoana juridică și organele sale.

De asemenea, mai trebuie să ținem seama, pe de o parte, că răspunderea persoanei juridice nu este subordonată probei unei răspunderi personale a organului conducător a cărui faptă a provocat respectivul prejudiciu, iar, pe de altă parte, că răspunderea persoanei juridice poate să se combine cu răspunderea personală a organului conducător^[2].

55. Cu toate că, în general, terții vătămați se adresează persoanelor juridice răspunzătoare pentru a-și realiza mai sigur și mai rapid despăgubirile ce li se cuvin, acest lucru nu trebuie să ne ducă la concluzia că persoana/persoanele fizice care intră în alcătuirea organului persoanei juridice sunt scutite de răspundere. Dimpotrivă, răspunderea personală a celor care fac parte din organele de conducere ale persoanei juridice constituie un principiu fundamental de organizare al acestora, înscriindu-se în contextul general al răspunderii față de societate, care revine membrilor organului de conducere respectiv, pentru modul în care își îndeplinesc mandatul ce le-a fost încredințat^[3].

Această răspundere personală funcționează sub două aspecte: atât față de persoana juridică, cât și față de victima prejudiciului. În acest sens, art. 219 alin. (2) NCC statuează că „faptele ilicite (ale organelor persoanelor juridice – *n.n.*) atrag și răspunderea personală și solidară a celor care le-au săvârșit, atât față de persoana juridică, cât și față de terți”.

Din această regulă decurg două consecințe juridice extrem de importante: a) victima prejudiciului poate chema în judecată pentru despăgubiri fie persoana juridică singură, fie persoana juridică în solidar cu persoanele fizice care, acționând în calitate de organe ale persoanei juridice, au săvârșit fapta ilicită, fie numai aceste persoane fizice; b) persoana juridică ce plătește despăgubirile are dreptul să se întoarcă printr-o acțiune în regres împotriva persoanelor fizice din componența organelor de conducere care au săvârșit fapta ilicită.

În raport de cele prezentate mai sus, putem să conchidem că cel care a fost păgubit prin *introducerea prematură*, cu *rea-credință*, de către debitorul persoană juridică, a

^[1] D. Alexandresco, *Principiile dreptului civil*, vol. I, Ed. Soccec, București, 1926, p. 145; în același sens, a se vedea C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. II, Ed. All, București, 1998, p. 476.

^[2] A admite exonarea de răspundere personală a organelor societății pentru toate actele săvârșite în limitele puterilor lor statutare ar fi periculos nu numai pentru însăși persoana juridică și, în consecință, pentru membrii acesteia, ci și pentru terțele persoane, întrucât ar fi prea ușor și tentant să se încerce ascunderea activităților personale în spatele unei fațade a persoanei juridice și să se pună la adăpost patrimoniul propriu al întreprinzătorului.

^[3] Pentru o tratare monografică a acestei materii, a se vedea E. Munteanu, *Regimul juridic al administrațiilor societăților comerciale*. Ed. All Beck. București. 2000.

unei cereri de deschidere a procedurii are posibilitatea de a acționa fie numai împotriva subiectului colectiv de drept, fie și împotriva persoanelor fizice din conducerea persoanei juridice care au formulat respectiva cerere. De preferat ar fi această din urmă variantă, pentru că în caz de succes în plan judiciar există șanse mai mari ca reclamantul câștigător să-și poată acoperi prejudiciul prin *executarea silită* a hotărârii judecătorești, dacă cei „căzuți în pretenții” nu vor da eficiență regulii înscrise în alin. (1) al art. 622 NCPC, potrivit căreia „obligația stabilită prin hotărârea unei instanțe sau printr-un alt titlu executoriu se aduce la îndeplinire de bunăvoie”.

În ceea ce privește mijlocul procesual pe care-l au la dispoziție persoanele prejudiciate de introducerea, cu rea-credință, de către debitor a unei cereri premature, considerăm că actualul cadru legislativ nu permite ca în procesul de deschidere a procedurii inițiat de debitor să poată interveni orice persoană care are interes, ceea ce ar imprima caracter contencios cererii debitorului, raportat la prevederile art. 531 și art. 534 alin. (4) NCPC.

Chiar dacă regulile generale de procedură prevăd posibilitatea ca orice persoană care justifică un interes legitim, serios și actual să poată interveni într-o cerere grațioasă inițiată de altcineva și, prin aceasta, să o schimbe într-una contencioasă ori să atace cu apel încheierea prin care a fost „dezlegată” cererea respectivă, nu înseamnă că automat aceste reguli sunt aplicabile și în materie de insolvență, ci trebuie analizat dacă legiuitorul, prin reglementarea specială dată acesteia, a avut în vedere ca norma generală analizată să se aplice și în procedura de executare colectivă. Or, în condițiile în care cererea debitorului de a fi supus procedurii insolvenței are o fizionomie juridică proprie, distinctă de cea a altor cereri necontencioase, este evident că acestei reglementări legale aparate nu-i pot fi aplicate, în completare, alte reguli din dreptul comun^[1].

Consecința logică a imposibilității persoanelor prejudiciate de a interveni ori de a ataca direct cu apel încheierea de deschidere a procedurii este aceea că ei nici nu vor putea să reclame în cadrul soluționării dosarului constituit, inițial prin înregistrarea cererii debitorului, iar ulterior, eventual, ca urmare a cererii de intervenție principală și a celei de apel, cereri în cadrul cărora a fost formulată, ca petit distinct, o solicitare de despăgubiri, repararea pretinsului prejudiciu provocat de debitor prin inițierea prematură, cu rea-credință, a procedurii insolvenței. În aceste condiții, singura cale pe care o au deschisă respectivele persoane este aceea a unei *acțiuni în răspundere civilă delictuală separată*, care se va judeca la instanța de drept comun, și nu de către judecătorul-sindic.

56. *Termenul pentru depunerea cererii de instituire a procedurii colective* în caz de *insolvență actuală (propriu-zisă)* este de maximum 30 de zile, așa cum o arată expres alin. (1) al art. 66, termen care curge nu de la scadența obligațiilor legal asumate, ca în cazul cererilor formulate de creditor, ci de la *apariția stării de insolvență*. Altfel spus, în timp ce în cazul creditorilor avem de a face cu un termen minim, în cazul debitorilor ne găsim în prezența unui termen maxim^[2]. În schimb, în cazul *insolvenței iminente* nu avem niciun termen în care debitorul poate formula o astfel de cerere, deoarece această

^[1] Jurisprudența a adoptat această interpretare și a statuat că recursul declarat de creditor contra hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a deschis procedura la cererea debitorului nu poate fi admis dacă creditorul nu a făcut opoziție prealabilă și invocă numai în recurs existența șanselor de redresare a debitorului – C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. civ. nr. 1051 din 25 iunie 2002, *apud I. Turcu*, Legea procedurii insolvenței (...), p. 226, nota 2; soluția este valabilă și după intrarea în vigoare a NCPC, când asemenea hotărâri pot fi atacate numai cu apel.

^[2] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 114.

formă de insolvență constituie doar o posibilitate, pe când insolvența propriu-zisă este o realitate.

În literatura de specialitate s-a susținut că, deși legislația insolvenței nu stabilește condițiile pe care trebuie să le îndeplinească datoriile ca să justifice obligația, respectiv dreptul debitorului de a introduce cererea, pentru identitate de rațiune, și în cazul analizat sunt aplicabile dispozițiile art. 5 pct. 20 și 72 din Codul insolvenței. Deci, pentru existența obligației, respectiv a dreptului de a introduce o cerere voluntară de deschidere a procedurii colective, trebuie ca *datoria* (civilă, bugetară, salarială etc.) să fie *certă, lichidă și exigibilă*^[1].

Trebuie precizat că, în cazul unei cereri formulate de debitor pentru a fi supus dispozițiilor legii în condițiile art. 66 alin. (4), deci, pentru insolvență iminentă, nu credem că s-ar putea cere condiția ca datoriile să fie exigibile, adică să fie ajunse la scadență, pentru că insolvența iminentă se caracterizează tocmai prin faptul că un anumit debitor nu va putea plăti la scadență datoriile angajate care vor deveni exigibile la acel moment, cu sumele de bani disponibile la data scadenței.

Codul insolvenței prevede numai condițiile de fond pe care trebuie să le îndeplinească cererea de deschidere a procedurii formulată în temeiul art. 66, nereglementând expres și condițiile de formă care trebuie să caracterizeze o asemenea cerere, însă este evident că, în aplicarea normei de trimitere cuprinsă în art. 342, ne vom raporta la dispozițiile Codului de procedură civilă.

Într-o opinie se consideră că, din punct de vedere formal, cererea de declanșare a procedurii colective trebuie să îmbrace tiparul cererii de chemare în judecată prevăzute de art. 112 CPC 1865^[2], ținând cont de specificul necontencios al cererii^[3]. Într-o altă opinie, se apreciază că se impune să se apeleze la art. 82^[4] din același Cod, potrivit căruia „(1) Orice cerere adresată instanțelor judecătorești trebuie să fie făcută în scris și să cuprindă arătarea instanței, numele, domiciliul sau reședința părților ori, după caz, denumirea și sediul lor și ale reprezentantului, obiectul cererii și semnătura. (2) În cazul în care, din orice motive, cererea nu poate fi semnată, judecătorul va stabili mai întâi

^[1] St.D. Cărpănuș, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 656.

^[2] Acest text statuează că „Cererea de chemare în judecată va cuprinde: 1. numele, domiciliul sau reședința părților ori, pentru persoanele juridice, denumirea și sediul lor, precum și, după caz, numărul de înmatriculare în registrul comerțului sau de înscriere în registrul persoanelor juridice, codul fiscal și contul bancar. Dacă reclamantul locuiește în străinătate, va arăta și domiciliul ales în România, unde urmează să se facă toate comunicările privind procesul; 2. numele și calitatea celui care reprezintă partea în proces, iar în cazul reprezentării prin avocat, numele acestuia și sediul profesional; 3. obiectul cererii și valoarea lui, după prețuirea reclamantului, atunci când prețuirea este cu puțință. Pentru identificarea imobilelor se va arăta comuna și județul, strada și numărul, iar, în lipsă, vecinătățile, etajul și apartamentul, sau, când imobilul este înscris în cartea funciară, numărul de carte funciară și numărul topografic; 4. arătarea motivelor de fapt și de drept pe care se întemeiază cererea; 5. arătarea dovezilor pe care se sprijină fiecare capăt de cerere. Când dovada se face prin înscrisuri, se vor alătura la cerere atâtea copii câți părți sunt, mai mult câte o copie de pe fiecare înscris, pentru instanță; copiile vor fi certificate de reclamant că sunt la fel cu originalul. Se va putea depune și numai o parte dintr-un înscris privitor la pricină, rămânând ca instanța să dispună, la nevoie, înfățișarea înscrisului în întregime. Dacă înscrisurile sunt scrise în limbă străină sau cu litere vechi, se vor depune traduceri sau copii cu litere latine, certificate de parte. Când reclamantul voințe să-și dovedească cererea sau vreunul din capetele cererii sale, prin interogatoriul părții (conf. art. 3 din O.U.G. nr. 138/2000, „jurământul” – ca mijloc de probă – se elimină din tot cuprinsul Codului de procedură civilă – s.n.), va cere înfățișarea în persoană a acestuia. Când se va cere dovada cu martori, se va arăta numele și locuința martorilor; 6. Semnătura”.

^[3] Gh. Piperea, op. cit., p. 452.

^[4] Forma art. 81 alin. (1) la care se face referire în text este cea dinainte de modificările pe care Codul de procedură civilă din 1865 le-a suferit prin Legea nr. 202/2010.

identitatea părții și îi va citi acesteia conținutul cererii. Despre toate acestea judecătorul va face mențiune pe cerere”.

Noi apreciem că, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, câtă vreme cererea de deschidere a procedurii inițiată de debitor este, fără putință de tăgadă, o *cerere necontencioasă*^[1], în cauză devin incidente și prevederile art. 530 NCP, care arată ce trebuie să conțină o asemenea petiție, și anume: „(1) Cererea va cuprinde numele, prenumele și domiciliul sau, după caz, denumirea și sediul celui care o face și, după împrejurări, ale persoanelor pe care acesta cere să fie chemate înaintea instanței, obiectul, motivarea acesteia și semnătura. (2) Ea va fi însoțită de înscrisurile pe care se sprijină”. Tocmai de aceea, nefiind vorba despre un litigiu propriu-zis, mai precis, despre soluționarea unui diferend, cu existența unui adversar, regulile de procedură sunt mai puțin riguroase, ceea ce imprimă un caracter similar și cererii introductive, motiv pentru care raportarea nu trebuie să o facem la cuprinsul art. 194 (corespondentul art. 112 CPC 1865), ci la art. 530 NCP. Consecința este faptul că, spre exemplu, unei asemenea cereri nu i se aplică dispozițiile art. 200 privitoare la verificarea acțiunii și regularizarea acesteia, text care statuează următoarele: „(1) Completul căruia i s-a repartizat aleatoriu cauza verifică, de îndată, dacă cererea de chemare în judecată îndeplinește cerințele prevăzute la art. 194-197. (2) Când cererea nu îndeplinește aceste cerințe, reclamantului i se vor comunica în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să facă completările sau modificările dispuse, sub sancțiunea anulării cererii. Se exceptează de la această sancțiune obligația de a se desemna un reprezentant comun, caz în care sunt aplicabile dispozițiile art. 202 alin. (3). (3) Dacă obligațiile privind completarea sau modificarea cererii nu sunt îndeplinite în termenul prevăzut la alin. (2), prin încheiere, dată în camera de consiliu, se dispune anularea cererii. (4) Împotriva încheierii de anulare, reclamantul va putea face numai cerere de reexaminare, solicitând motivat să se revină asupra măsurii anulării. (5) Cererea de reexaminare se face în termen de 15 zile de la data comunicării încheierii. (6) Cererea se soluționează prin încheiere definitivă dată în camera de consiliu, cu citarea reclamantului, de către un alt complet al instanței respective, desemnat prin repartizare aleatorie, care va putea reveni asupra măsurii anulării dacă aceasta a fost dispusă eronat sau dacă neregularitățile au fost înlăturate în termenul acordat potrivit alin. (2). (7) În caz de admitere, cauza se retrimită completului inițial învestit”.

Față de cele precizate, considerăm că, ținând seama de specificul procedurii insolvenței, cererea introductivă formulată de debitor trebuie să cuprindă arătarea instanței, mai precis a tribunalului căruia îi este adresată, numele și prenumele ori, după caz, denumirea debitorului, persoană fizică sau juridică, numele reprezentantului, în cazul în care cererea este făcută prin mandatar sau în cazul persoanelor juridice, obiectul cererii, motivele de fapt și de drept, dovezile pe care se sprijină și, nu în ultimul rând, semnătura debitorului petent, respectiv a reprezentantului său.

Dacă în cazul profesionistului persoană fizică cererea trebuie să fie semnată de chiar persoana în cauză sau de mandatarul său împuternicit cu procură specială^[2], în situația persoanelor juridice legiuitorul a arătat expres, la art. 66 alin. (5) din Codul insolvenței, că cererile acestor entități colective vor fi semnate de persoanele care, potrivit actelor

^[1] Procedura necontencioasă mai este denumită și grațioasă, administrativă sau voluntară – a se vedea, în acest sens, I. Stoescu, S. Zilberstein, Drept procesual civil. Căile de atac și proceduri speciale, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981, p. 112.

^[2] St.D. Cârpenaru, Drept comercial. Procedura falimentului (...), p. 75.

constitutive sau statutelor (contract de societate și/sau statut ori act constitutiv), au calitate de a le reprezenta, nefiind necesară o hotărâre a asociaților/acționarilor (excepând situația în care se dorește aplicarea *procedurii simplificate* de insolvență).

§2. Obiectul cererii debitorului

57. În ceea ce privește obiectul cererii, din cuprinsul alin. (1) al art. 66 din Codul insolvenței rezultă în mod clar că debitorul trebuie să solicite fie deschiderea *procedurii generale*, fie deschiderea *procedurii simplificate*, în funcție de situația sa patrimonială și juridică concretă, indicarea opțiunii, deși importantă (pentru că el este cel care-și cunoaște cel mai bine starea patrimonială și poate să aprecieze dacă există sau nu vreo șansă reală de redresare a activității), nefiind, însă, obligatorie. Acest lucru credem că rezultă din interpretarea art. 67 alin. (1) lit. g), potrivit căruia „cererea debitorului trebuie să fie însoțită de următoarele acte: (...) g) o declarație prin care debitorul își arată intenția de intrare în procedură simplificată sau de reorganizare, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin lichidarea, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale”.

În concret, dacă debitorul este o *societate constituită în condițiile Legii nr. 31/1990*, modificată, o *societate cooperativă*, o organizație cooperatistă, o *societate agricolă*, un *grup de interes economic* sau orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice, iar situația lui economică nu este iremediabil compromisă (fiind știut faptul că opțiunea pentru *reorganizare judiciară* presupune existența unor condiții pentru redresarea activității și plata creanțelor) și nu se încadrează în niciuna dintre situațiile prevăzute de art. 38 alin. (2) lit. c) sau d) din Codul insolvenței (adică, deține bunuri în patrimoniu, are acte constitutive și documente contabile, are administrator social, sediul există și corespunde adresei din registrul comerțului, societatea nu este dizolvată anterior înregistrării cererii introductive), acesta are dreptul să solicite deschiderea *procedurii generale* și să propună, ulterior, un plan de reorganizare judiciară prin restructurarea activității ori prin *lichidarea*, în tot sau în parte, a averii în vederea stingerii datoriilor.

Dreptul de opțiune al debitorului persoană juridică are o singură *limitare legală*, prevăzută de art. 69, în conformitate cu care „nu pot fi supuși reorganizării judiciare debitorii, persoane juridice, care în ultimii 5 ani, precedenți hotărârii de deschidere a procedurii, au mai fost supuși unei proceduri de reorganizare judiciară”^[1], prin această interdicție neurmărindu-se altceva decât evitarea repetării unei proceduri care s-a dovedit a fi ineficientă^[2].

În literatura de specialitate, în mod just s-a arătat că indicarea opțiunii debitorului pentru una sau alta dintre cele două proceduri este importantă, întrucât aceste proceduri

^[1] Credem că actuala formulare a art. 30 din Legea nr. 85/2006, modificată, este mai reușită, pentru că textul corespunzător din fosta Lege nr. 64/1995, art. 35, având următorul cuprins: „nu vor fi permise de tribunal cererile de reorganizare ale debitorilor care, în ultimii 5 ani precedenți, au mai făcut o astfel de cerere sau au fost obiectul unei astfel de cereri introduse de creditori”, a permis doctrinei să afirme că termenul de 5 ani, în cazul cererilor respinse de tribunal, se calculează de la data înregistrării cererii anterioare, iar în cazul cererilor acceptate, când debitorul a parcurs cu succes procedura reorganizării, se calculează de la data închiderii procedurii de reorganizare anterioare – R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul (...), p. 152-153.

^[2] Pentru dezvoltări cu privire la această interdicție, a se vedea A. Bozai, Implicații practice privind aplicarea procedurii reorganizării și lichidării judiciare, în Dreptul nr. 7/1996, p. 59.

sunt distincte și implică operațiuni specifice, chiar dacă ele au și unele puncte comune și este posibilă conversia procedurii generale în procedură simplificată^[1].

Indicarea opțiunii are efecte foarte importante și cu privire la *dreptul de administrare* a averii. Astfel, potrivit art. 85 alin. (1) din Codul insolvenței, deschiderea procedurii ridică debitorului *dreptul de administrare* – constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea –, dacă acesta nu și-a declarat, în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g) sau, după caz, art. 74, intenția de reorganizare. De asemenea, tocmai ca urmare a calificării manifestării de voință a debitorului ca fiind o opțiune, pentru argumentele de mai sus, credem că aplicarea sancțiunii *respingerii* cererii, pentru nedepunerea declarației prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. g), conform dispozițiilor art. 67 alin. (2), *nu ar trebui să intervină* într-un asemenea caz.

§3. Actele care trebuie să însoțească cererea debitorului

58. Având în vedere că cererea de deschidere a procedurii este introdusă de însăși persoana fizică sau juridică ce solicită să fie supusă procedurii insolvenței, în art. 67 alin. (1) se arată actele care trebuie să însoțească acest demers judiciar, și anume:

a) ultima *situație financiară anuală*, certificată de către administrator și cenzor/auditor, bilanța de verificare pentru luna precedentă datei înregistrării cererii de deschidere a procedurii; aceste documente au menirea de a reflecta situația financiară și rezultatele activității economice a debitorului în perioada ultimului exercițiu financiar, ceea ce permite constatarea faptului că patrimoniul acestuia se găsește în stare de insolvență sau de *insolvență iminentă*; întrucât bilanțul este o componentă a situației financiare anuale, rezultă că legiuitorul nu a prevăzut obligația depunerii situației financiare anuale; nici nu era necesar aceasta, întrucât practicianul care va fi desemnat în cauză va analiza în detaliu activitatea economică a debitorului, de regulă, pe ultimii 2 ani (ca efect al scurtării *perioadei suspecte generale*, de la 3 la 2 ani), și va întocmi și prezenta *judecătorului-sindic* și *comitetului creditorilor* cele două rapoarte esențiale pentru continuarea ulterioară a procedurii;

b) lista completă a *tuturor bunurilor* debitorului, incluzând toate conturile și băncile prin care debitorul își rulează fondurile; pentru bunurile grevate se vor menționa datele din registrele de publicitate; legea are în vedere, așadar, toate bunurile debitorului, fie ele mobile sau imobile, inclusiv sumele de bani de care, eventual, debitorul mai dispune; pentru bunurile care sunt grevate trebuie să se menționeze datele din registrele de publicitate, respectiv cele rezultate din evidențele de carte funciară sau cele ale Arhivei Electronice de Garanții Reale Mobiliare, pentru a se cunoaște care sunt creditorii care beneficiază de o cauză de preferință, iar, în cazul sumelor de bani, trebuie indicate valorile acestora, conturile și băncile prin care debitorul și-a rulat fondurile; de asemenea, raportat la noile dispoziții ale art. 75 alin. (7), privind regulile care guvernează ipotecile mobiliare ale sumelor de bani din conturi (inclusiv *garanțiile în numerar – cash-ul colateral*), credem că și aceste precizări ar trebui avute în vedere de către debitor;

c) lista *numelor și a adreselor creditorilor*, oricum ar fi creanțele acestora: certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință; acesta este unul dintre cele mai importante documente, pentru că, în acele cazuri în care este (corect) întocmit, el ar

^[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 90.

trebui să stea la baza stabilirii masei credale (ceea ce nu exclude, bineînțeles, posibilitatea ca și alți creditori, nemenționați de debitor, să-și declare eventualele creanțe), în sensul că practicianul numit provizoriu de către judecătorul-sindic va proceda la notificarea acestor creditori, în vederea înștiințării despre deschiderea procedurii colective;

d) lista cuprinzând *plățile și transferurile* patrimoniale efectuate de debitor în cele 6 luni anterioare înregistrării cererii introductive; necesitatea depunerii acestei liste este evidențiată prin reiterarea respectivei obligații în cuprinsul art. 82 alin. (1), potrivit căruia „debitorul are obligația de a pune la dispoziția administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a creditorului deținând cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe toate informațiile și documentele apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, sub sancțiunea ridicării dreptului de administrare”; este lesne de înțeles că lista menționată prezintă importanță prin aceea că ea dă posibilitatea administratorului judiciar și lichidatorului judiciar, precum și comitetului creditorilor, în caz de pasivitate a practicianului [art. 51 alin. (1) lit. f), raportat la art. 118 alin. (2)], să analizeze necesitatea și oportunitatea introducerii unor acțiuni pentru *anularea transferurilor cu caracter patrimonial*, făcute de debitor în dauna creditorilor, în condițiile art. 117 și urm. din Codul insolvenței;

59. e) *contul de profit și pierdere* pe anul anterior depunerii cererii; furnizarea acestui document, care exprimă sintetic rezultatele activității economice din exercițiul financiar anterior, ajută la evaluarea în timp a situației financiare a debitorului^[1];

f) lista membrilor *grupului de interes economic* sau, după caz, a *asociațiilor cu răspundere nelimitată*, pentru societățile în nume colectiv și cele în comandită; anexarea listei menționate are drept scop identificarea acestor persoane întrucât, în condițiile art. 164 din Codul insolvenței, în cazul în care bunurile care alcătuiesc averea unui grup de interes economic ori a unei societăți în nume colectiv sau în comandită nu sunt suficiente pentru plata creanțelor înregistrate în tabelul definitiv consolidat de creanțe, împotriva grupului sau a societății judecătorul-sindic va autoriza executarea silită, în condițiile legii, împotriva asociațiilor cu răspundere nelimitată sau, după caz, a membrilor, pronunțând o sentință executorie, care va fi pusă în executare de lichidatorul judiciar, prin executor judecătoresc; ca atare, răspunderea acestor persoane, chiar dacă este nelimitată și solidară pentru obligațiile sociale, este una subsidiară;

g) o *declarație* prin care debitorul își arată intenția de intrare în *procedură simplificată* sau de *reorganizare*, conform unui plan, prin restructurarea activității ori prin *lichidarea*, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale;

h) o descriere sumară a *modalităților pe care le are în vedere pentru reorganizarea activității*; procedura reorganizării este, așa cum o arată pct. 54 al art. 5, procedura ce se aplică debitorului în insolvență, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform *programului de plată a creanțelor*. Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, confirmarea, implementarea și respectarea unui plan, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, nelimitativ, împreună sau separat: a) *restructurarea operațională și/sau financiară* a debitorului; b) *restructurarea corporativă* prin modificarea structurii de capital social; c) *restrângerea activității* prin lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului; prin obligația impusă debitorului de a pre-

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 258.

zenta o descriere sumară a modalităților pe care le are în vedere pentru reorganizarea activității, legiuitorul a urmărit ca petiționarul să convingă judecătorul-sindic, în primul rând, iar, ulterior, și pe ceilalți participanți la procedură, că are în mod concret șanse de *redresare financiară* și, implicit, de achitare a datoriilor acumulate, și că nu urmărește doar tergiversarea plății creanțelor pe perioada de observație;

i) o *declarație pe propria răspundere*, autenticată la notar ori certificată de un avocat, sau un certificat de la registrul societăților agricole ori, după caz, oficiul registrului comerțului sau alte registre în a cărui rază teritorială se află sediul profesional/sediul social, din care să rezulte dacă a mai fost supus procedurii de *reorganizare judiciară* prevăzute de prezenta lege într-un interval de 5 ani anterior formulării cererii introductive;

j) o *declarație pe propria răspundere*, autenticată de notar ori certificată de avocat, din care să rezulte că el sau administratorii, directorii si/sau acționarii/asociații/asociații comanditari care dețin controlul debitorului nu au fost condamnați definitiv pentru săvârșirea unei infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale cu modificările ulterioare, și infracțiunile prevăzute de prezenta lege în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii;

k) un *certificat de admitere la tranzacționare* pe o piață reglementată a valorilor mobiliare sau a altor instrumente financiare emise;

l) o *declarație prin care debitorul arată dacă este membru al unui grup de societăți*, cu precizarea acestora;

m) *dovada codului unic de înregistrare*;

n) *dovada notificării organului fiscal competent*.

60. În principiu, toate aceste documente sunt esențiale pentru justa și legala soluționare a *cererii voluntare de deschidere a procedurii insolvenței* și, ca atare, legea le impune debitorilor obligația de a le anexa cererii introductive sau, în cazul în care, în mod excepțional, aceștia nu dispun la acel moment de vreuna din aceste informații, se permite înregistrarea acestora la tribunal în termenul stabilit de *judecătorul-sindic*^[1].

Consecința nedepunerii actelor prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) odată cu cererea introductivă sau, cel mai târziu, până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic, este *respingerea cererii de deschidere a procedurii*, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d), precum și a cazului în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Nedepunerea

[1] Doctrina a denumit acest termen ca „termen de păsuire” – a se vedea, în acest sens, St.D. Cărpenu, Drept comercial român (...), ed. a 7-a, p. 659.

documentelor prevăzute la lit. h), i) și j) este sancționată cu *decăderea din dreptul de a depune un plan de reorganizare*.

Remarcăm faptul că, sub imperiul Legii nr. 85/2006, sancțiunea prevăzută de art. 28 alin. (2), în ipoteza nedepunerii vreuneia dintre informațiile prevăzute la alin. (1) lit. a)-f) și h) era, în mod uniform, *decăderea debitorului din dreptul de a depune un plan de reorganizare*.

În cazul unei cereri de deschidere a procedurii introduse de o societate în nume colectiv sau în comandită, aceasta nu va fi considerată ca fiind făcută și de asociații cu răspundere nelimitată, respectiv de asociații societății în nume colectiv sau de asociații comanditați din societatea în comandită.

Potrivit art. 3 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, „(1) Obligațiile sociale sunt garantate cu patrimoniul social. (2) Asociații în societatea în nume colectiv și asociații comanditați în societatea în comandită simplă sau în comandită pe acțiuni răspund nelimitat și solidar pentru obligațiile sociale. Creditorii societății se vor îndrepta mai întâi împotriva acesteia pentru obligațiile ei și, numai dacă societatea nu le plătește în termen de cel mult 15 zile de la data punerii în întârziere, se vor putea îndrepta împotriva acestor asociați. (3) Acționarii, asociații comanditari, precum și asociații în societatea cu răspundere limitată răspund numai până la concurența capitalului social subscris”. Pentru identitate de rațiune, o cerere introdusă de un asociat cu răspundere nelimitată ori împotriva acestuia, pentru datoriile sale, va fi fără efecte juridice cu privire la societatea în nume colectiv sau în comandită din care acesta face parte.

Textul art. 68 din Codul insolvenței reglementează *deosebirea* pe care trebuie să o facem, din punct de vedere juridic, între *societate*, ca entitate colectivă, și *asociații* acesteia. În concepția Codului comercial^[1] asociații care răspundeau nelimitat și solidar cu întregul lor patrimoniu pentru obligațiile societății aveau calitatea de *comerciant*, întrucât numele lor era cuprins în firma societății comerciale. S-a spus că prin această măsură s-a căutat ca asociații să pună o mare grijă în treburile societății, știind că *falimentul* acesteia se va răsfrânge și asupra lor^[2]. Deși patrimoniul societății declarate în stare de faliment era ținut distinct de patrimoniul asociaților, creditorii sociali urmau să ia parte la deliberațiunile ambelor patrimonii^[3].

Această teorie nu mai este acceptată în prezent, pentru că s-a ajuns la concluzia că, în principiu, *asociații* unei societăți *nu au calitatea de profesionist*, nici chiar atunci când săvârșesc anumite activități de producție, comerț, prestări de servicii sau de execuție de lucrări în numele societății^[4]. Am folosit termenul „în principiu”, pentru că nu este exclus faptul ca un asociat într-o societate să aibă, totuși, și calitatea de profesionist, calitate dobândită anterior constituirii respectivei entități, un argument în acest sens reprezen-

^[1] Sub acest aspect, art. 867 C. com. statua că „falimentul unei societăți în nume colectiv sau în comandită produce și falimentul soților ilimitat responsabili. Tribunalul va declara prin aceeași sentință falimentul societății și al soților; va arăta numele, prenumele și domiciliul acestora și va numi un judecător-sindic. Cu toate acestea, patrimoniul societății va fi ținut deosebit de acel al fiecărui soț, atât la formarea inventariului, cât și în operațiunile administrațiunii și ale lichidațiunii activului și pasivului. Numai creditorii societății iau parte la deliberațiunile care interesează patrimoniul social, dar ei concură cu creditorii fiecărui soț la deliberațiunile care interesează patrimoniul individual al fiecărui soț căzut în faliment. Sentința declarativă de faliment produce pentru toți soții falii efectele arătate în Titlul I al acestei cărți”.

^[2] Codul comercial adnotat (...), p. 595.

^[3] *Ibidem*.

^[4] I. Schiau, op. cit., p. 101.

tând faptul că Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, conferă dreptul de a înființa o societate atât profesioniștilor, cât și neprofesioniștilor.

Ca atare, *nu se poate confunda* patrimoniul asociaților cu cel al societății, răspunderea acestora pentru obligațiile legal asumate fiind tratată ca aparținând unor subiecte de drept distincte. În alte cuvinte, obligațiile personale ale *asociaților cu răspundere nelimitată* nu pot fi executate din patrimoniul societății în nume colectiv sau în comandită simplă ori pe acțiuni în care debitorii sunt asociați. Textul art. 68 din Codul insolvenței se coroborează pe deplin cu dispoziția cuprinsă în art. 66 din Legea societăților nr. 31/1990, potrivit căreia, „(1) Pe durata societății, creditorii asociatului pot să-și exercite drepturile lor numai asupra părții din beneficiile convenite asociatului după bilanțul contabil, iar după dizolvarea societății, asupra părții ce i s-ar cuveni prin lichidare. (2) Creditorii prevăzuți la alin. (1) pot totuși popri, în timpul duratei societății, părțile ce s-ar cuveni asociaților prin lichidare sau pot sechestra și vinde acțiunile debitorului lor”.

61. Ultimul alineat al articolului analizat arată că prevederile alin. (1) și (2) ale art. 68 din Codul insolvenței se aplică, în mod corespunzător, în privința cererilor introduse de *grupurile de interes economic* sau de membrii acestora.

Reglementarea este una absolut logică, în condițiile în care grupurile de interes economic reprezintă o asociere între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituită pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective, membrii grupului răspunzând, în lipsă de stipulație contrară, nelimitat pentru obligațiile grupului și solidar, ceea ce face ca, în caz de insolvență, aceștia să aibă o situație similară cu cea a asociaților din societățile de persoane.

Potrivit art. 66 alin. (5) din Codul insolvenței, cererea de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să fie semnată de persoanele care, conform statutului sau actelor constitutive, îl reprezintă pe debitor, nefiind necesară o hotărâre a adunării acționarilor/asociaților în acest sens, cu excepția situației în care debitorul solicită să fie supus procedurii simplificate.

În final, dorim să mai precizăm că unii autori, deși acceptă valoarea juridică a cererii debitorului de a fi supus procedurii insolvenței – act procesual care declanșează procedura instituită de lege – și că, raportat la obiectul ei, aceasta cuprinde, implicit, o recunoaștere a debitorului privind situația financiară dificilă în care se află – aceea de a fi în stare de insolvență –, consideră, totuși, în mod nejustificat, că cererea și anexele nu pot fi apreciate nici ca o *mărturisire judiciară*, deoarece debitorul nu a mărturisit înaintea instanței în favoarea creditorului, și nici ca una *extrajudiciară*, întrucât debitorul nu face o mărturisire cu intenția de a recunoaște creanțele creditorilor^[1]. După cum am menționat deja mai sus, în ipoteza *deschiderii voluntare a procedurii* avem de a face cu o *recunoaștere a stării de insolvență* și, de aceea, practic, nu mai trebuie dovedit nimic, mărturisirea debitorului reprezentând nu numai o probă relevantă, ci și una suficientă în dovedirea stării de insolvență. Recunoașterea debitorului este una judiciară, pentru că ea este făcută prin însăși cererea adresată instanței de judecată și nu vizează creanțele creditorilor, ci starea de insolvență ori pe cea de insolvență iminentă^[2].

^[1] St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român (...)*, ed. a 7-a, p. 659; St.D. Cărpenaru, *Cererea introductivă a debitorului (...)*, p. 493.

^[2] În același sens, I.N. Fiñescu, op. cit., vol. III, p. 90.

Secțiunea a 6-a. Deschiderea procedurii la cererea creditorilor

§1. Condițiile introducerii cererii de către creditor

62. Chiar dacă textul care reglementează deschiderea procedurii la cererea creditorilor este situat după cel care dă dreptul debitorului să se adreseze instanței competente pentru a fi supus procedurii insolvenței, în cele mai multe cazuri creditorii sunt cei care declanșează astfel de procese, pentru că insolvența debitorului, cu elementul său exteriorizat – *încetarea plății obligațiilor scadente* –, are consecințe negative directe asupra patrimoniului acestora.

După cum „debitorul” beneficiază de o definiție legală, în mod corelativ, și „creditorului” i s-a dat o asemenea definiție. Codul insolvenței definește creditorul atât prin raportare la deschiderea procedurii insolvenței, cât și prin raportare la participarea la procedura insolvenței. Astfel, pct. 20 al art. 5 arată că este „*creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței*” creditorul a cărui creanță asupra patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile”, iar pct. 19 al art. 5 arată că este „*creditor îndreptățit să participe la procedură*” acel titular al unui drept de creanță asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, în urma admiterii căreia dobândește drepturile și obligațiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscriserii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură, precum și prin închiderea procedurii; au calitatea de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului”^[1].

De asemenea, Codul insolvenței definește și alte categorii de creditor:

– conform art. 5 pct. 21, „*creditor cu creanțe curente (s.n.) sau creditor curent (s.n.)* este acel creditor ce deține creanțe certe, lichide și exigibile, născute în timpul procedurii de insolvență, și care are dreptul de a i se achita cu prioritate creanța, conform documentelor din care rezultă”;

– conform art. 5 pct. 22, „*creditori chirografari (s.n.)* sunt creditorii debitorului înscriși în tabelele de creanțe care nu beneficiază de o cauză de preferință. Sunt creditorii chirografari și creditorii care beneficiază de cauze de preferință, ale căror creanțe nu sunt acoperite în totalitate de valoarea privilegiilor, a ipotecilor sau a gajurilor deținute, pentru partea de creanță neacoperită. Simpla înscriere în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare a unei creanțe nu determină transformarea acesteia în creanță care beneficiază de o cauză de preferință”;

– conform art. 5 pct. 23, „*creditori indispensabili (s.n.)* sunt creditorii chirografari care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți de niciun alt furnizor care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel, în aceleași condiții financiare”;

^[1] Pentru dezvoltări în legătură cu creanțele salariaților, a se vedea D.D. Moțu, Particularități ale creanțelor salariale în procedura insolvenței, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara, p. 578-587.

– conform art. 5 pct. 24, „creditor străin (s.n.) este creditorul al cărui domiciliu sau, după caz, sediu este stabilit într-un stat străin”.

Observăm, însă, că toate aceste categorii de creditori sunt de fapt *specii* ale creditorului îndreptățit să participe la procedura insolvenței.

63. Dat fiind faptul că alin. (1) al art. 70 stipulează că „Orice creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii prevăzute de prezentul titlu poate introduce o cerere de deschidere a procedurii împotriva unui debitor prezumat în insolvență, în care va preciza: a) cuantumul și temeiul creanței; b) existența unui drept de preferință, constituit de către debitor sau instituit potrivit legii; c) existența unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului; d) declarația privind eventuala intenție de a participa la reorganizarea debitorului, caz în care va trebui să precizeze, cel puțin la nivel de principiu, modalitatea în care înțelege să participe la reorganizare”, se poate observa că, dintre cele două mari categorii de creditori definiți de art. 5, doar aceia care au calitatea de „creditori îndreptățiți să solicite deschiderea procedurii insolvenței” beneficiază de legitimare procesuală activă pentru formularea unei cereri introductive de instanță^[1].

În doctrină^[2], maniera în care legiuitorul român a înțeles să definească creditorul îndreptățit să solicite declanșarea procedurii colective a fost criticată, arătându-se că definiția nu ar fi riguroasă, întrucât prin ea se determină, mai degrabă, cerințele care trebuie să fie îndeplinite de creanțe în vederea *introducerii* cererii.

Considerăm că este normal ca determinarea persoanei care are calitate procesuală activă de a formula o cerere de chemare în judecată având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței să se facă prin raportare la *cerințele* pe care le presupune creanța reclamată, în condițiile în care prin insolvență se înțelege acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, *insolvența fiind prezumată ca vădită* atunci când debitorul, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de unul sau mai mulți creditori, și *iminentă* atunci când se dovedește că debitorul nu va putea plăti la scadență datoriile exigibile angajate, cu fondurile bănești disponibile la data scadenței.

Am arătat pe larg, mai sus, care sunt cerințele pe care trebuie să le îndeplinească o creanță pentru a putea sta la baza unei cereri introductive formulate de către creditori, astfel că nu mai insistăm asupra acestora, arătând doar că, în esență, creanțele care justifică declanșarea acestei proceduri judiciare trebuie să îndeplinească aceleași condiții ca și cele pentru care se poate începe o *urmărire silită* asupra bunurilor mobile și/sau imobile ale datornicului, în temeiul Cărtii a V-a – „Despre executarea silită” – a Codului de procedură civilă, cu excepția *titlului executoriu*.

Acesta este, de altfel, unul dintre marile avantaje ale procedurii insolvenței, în sensul că, pe de o parte, un creditor care deține o *creanță certă, lichidă și exigibilă* în cuantum superior *valorii-prag* prevăzute de lege *nu are nevoie* de obținerea unui titlu executoriu^[3], ca în dreptul comun, pentru a iniția procedura insolvenței, iar, după deschiderea acesteia, nici ceilalți creditori (de această dată cuantumul creanței nu mai prezintă nicio relevanță) nu trebuie să posede un asemenea titlu pentru a-și putea declara creanțele la

^[1] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 125.

^[2] *Idem*, p. 125-126.

^[3] Potrivit art. 632 NCPC, „(1) Executarea silită se poate efectua numai în temeiul unui titlu executoriu. (2) Constituie titluri executorii hotărârile executorii, hotărârile definitive, precum și orice alte hotărâri sau înscrisuri care, potrivit legii, pot fi puse în executare”.

masa credală, fiind suficient să formuleze o simplă cerere în acest sens, la care să anexeze documentele justificative ale creanței (art. 102)^[1].

Dacă mai adăugăm și faptul că atât cererile de deschidere a *procedurii colective*, cât și cele de declarare a creanțelor sunt supuse, indiferent de valoare, unei taxe judiciare de timbru fixe de numai 200 de lei^[2], în timp ce acțiunile în pretenții formulate pe dreptul comun sunt taxate în conformitate cu art. 3 din O.U.G. nr. 80/2013^[3], respectiv cu taxe judiciare *proporțional* cu valoarea pretențiilor deduse judecătii, și că, pentru a cere declanșarea procedurii insolvenței nu este impusă niciun fel de *procedură prealabilă*, s-ar putea spune că procedura concursuală este cea mai simplă cale prin care un creditor își poate realiza creanța deținută față de debitorul insolvent.

64. Lucrurile nu stau totuși chiar așa. În primul rând, trebuie avută în vedere împrejurarea că, odată deschisă procedura, toți creditorii care-și declară creanța vor veni în concurs la distribuirea sumelor rezultate din lichidarea averii *falitului*, ceea ce prezintă un *mare dezavantaj* pentru *creditorii chirografari*, care, de cele mai multe ori, nu-și vor vedea satisfăcute drepturile aproape deloc. În al doilea rând, cum de cele mai multe ori creditorii nu îi cunosc personal pe debitorii lor, ei nu pot ști cu certitudine dacă neplata la scadență a datoriei este cauzată de starea de insolvență a debitorului sau numai de o jenă financiară temporară. De aceea, o eventuală promovare a unei cereri de deschidere a procedurii în acest din urmă caz, care în mod corect va fi respinsă de către *judecătorul-sindic* cu motivarea că debitorul pârât nu se găsește în insolvență, poate să nască în sarcina creditorilor reclamanți obligația de reparare a prejudiciului cauzat debitorului acționat pe nedrept în judecată.

Este adevărat că alin. (1) al art. 72 din Codul insolvenței prevede că „în cazul cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditor, la cererea debitorului, formulată în termenul prevăzut la alin. (3) (10 zile de la primirea cererii de deschidere a insolvenței de către debitor – *n.n.*), judecătorul-sindic poate dispune, prin încheiere, în sarcina creditorului consemnarea, la o bancă, a unei cauțiuni de până la 10% din valoarea creanței, dar nu mai mult de 40.000 lei. Cauțiunea va fi consemnată în termen de 5 zile de la comunicarea măsurii, sub sancțiunea respingerii cererii de deschidere a procedurii”, însă, cum în mod just s-a arătat și în literatura juridică relevantă^[4], instanța trebuie să dea dovadă de multă rețineră în admiterea cererii de *obligare la cauțiune* și să nu cedeze tentației de a uza de această posibilitate pentru a se debarasa de dosar, judecătorul-sindic

^[1] De altfel, alin. (3) al art. 102 din Codul insolvenței prevede foarte clar că „cererea de admitere a creanțelor trebuie făcută chiar dacă acestea nu sunt stabilite printr-un titlu”.

^[2] În conformitate cu art. 14 alin. (1) din O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru, publicată în M. Of. nr. 392 din 29 iunie 2013, „acțiunile, cererile, obiecțiunile, contestațiile introduse la instanțele judecătorești în temeiul Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare, al Ordonanței Guvernului nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 287/2004, cu modificările și completările ulterioare, și al Legii nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări, cu modificările și completările ulterioare, se taxează cu 200 lei”.

^[3] Articolul 3 alin. (1) din O.U.G. nr. 80/2013 stipulează că „acțiunile și cererile evaluabile în bani, introduse la instanțele judecătorești, se taxează astfel: a) până la valoarea de 500 lei – 8%, dar nu mai puțin de 20 lei; b) între 501 lei și 5.000 lei – 40 lei + 7% pentru ce depășește 500 lei; c) între 5.001 lei și 25.000 lei – 355 lei + 5% pentru ce depășește 5.000 lei; d) între 25.001 lei și 50.000 lei – 1.355 lei + 3% pentru ce depășește 25.000 lei; e) între 50.001 lei și 250.000 lei – 2.105 lei + 2% pentru ce depășește 50.000 lei; f) peste 250.000 lei – 6.105 lei + 1% pentru ce depășește 250.000 lei”.

^[4] În același sens, a se vedea *I. Turcu*, *Tratat de insolvență (...)*, p. 374; *I. Turcu*, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 230.

fiind dator să analizeze cu mult discernământ critic solicitarea debitorului. Totodată, trebuie evitată dimensionarea exagerată a cauțiunii, obligându-l pe creditor să mai suporte și paguba care ar rezulta din blocarea acestor fonduri, devenite neproductive din momentul consemnării. De altfel, Codul insolvenței a adus o plafonare a nivelului acestei cauțiuni, la nivelul considerat rezonabil al sumei de 40.000 lei, tocmai în vederea evitării creșterii dimensiunii acestei potențiale „pagube” în patrimoniul creditorului.

În aceste condiții, se poate spune că judecătorul-sindic se află într-o situație delicată, aparent contradictorie: pe de o parte, el trebuie să se pronunțe asupra cererii creditorilor având ca obiect deschiderea procedurii colective, deci, implicit și asupra existenței stării de *insolvență vădită*, adică aparentă, care este și prezumată, iar, pe de altă parte, el trebuie să analizeze solicitarea debitorului chemat în judecată de a obliga creditorii reclamanți la consemnarea unei cauțiuni; cu alte cuvinte, *insolvența este prezumată* atunci când se dovedesc îndeplinite condițiile de admisibilitate ale acțiunii creditorilor, iar admiterea cererii de obligare la cauțiune presupune, de regulă, existența unor dubii cu privire la admisibilitatea cererii creditorilor^[1].

Codul insolvenței introduce o prevedere nouă, de natură să clarifice modul în care cauțiunea depusă de creditor poate fi folosită pentru a-l despăgubi pe debitor, atunci când cererea de deschidere a procedurii insolvenței a fost respinsă.

Conform art. 72 alin. (4) din Codul insolvenței, „dacă judecătorul-sindic stabilește că debitorul nu este în stare de insolvență, respinge cererea creditorului, care va fi considerată ca lipsită de orice efect chiar de la înregistrarea ei. În acest caz, cauțiunea va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitor, pentru introducerea cu rea-credință a unei astfel de cereri, conform *dispoziției judecătorului-sindic*”. Așadar, față de prevederile anterioare ale Legii nr. 85/2006, care nu arătau explicit cui revine competența de a dispune asupra folosirii cauțiunii pentru despăgubirea debitorului, Codul insolvenței are prevederi exprese și explicite în acest sens.

65. Așadar, în primul rând, va trebui ca debitorul să formuleze o cerere în acest sens, în cadrul procedurii reglementate de Codul insolvenței, să demonstreze că cererea de deschidere a procedurii insolvenței a fost formulată cu rea-credință, deci cu vinovăție, că a suferit un prejudiciu și că există o legătură de cauzalitate între fapta de a introduce o cerere cu rea-credință și prejudiciu. Toate aceste elemente conturează *răspunderea civilă delictuală*.

Nu se poate accepta ideea că, prin consemnarea cauțiunii, prejudiciul a fost practic determinat, cuantificat și, numai în cazul în care debitorul ar pretinde că dauna este mai mare decât nivelul cauțiunii, el va trebui să probeze respectivul prejudiciu suplimentar^[2]. Aceasta, întrucât credem că prin susținerea unei asemenea teze nu se ține seama de scopul și finalitatea urmărită de legiuitor prin reglementarea cauțiunii de cel mult 10% din valoarea creanțelor, dar nu mai mult de 40.000 lei, și anume împiedicarea unui eventual *abuz de drept* din partea creditorilor. Dar ce înseamnă abuzul de drept în materia analizată?

Articolul 12 NCPC statuează cu valoare de principiu că „(1) Drepturile procesuale trebuie exercitate cu bună-credință, potrivit scopului în vederea căruia au fost recunoscute de lege și fără a se încălca drepturile procesuale ale altei părți. (2) Partea care își exercită drepturile procesuale în mod abuziv răspunde pentru prejudiciile materiale și morale

^[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 473.

^[2] Idem, p. 474.

cauzate. Ea va putea fi obligată, potrivit legii, și la plata unei amenzi judiciare. (3) De asemenea, partea care nu își îndeplinește cu bună-credință obligațiile procesuale răspunde potrivit alin. (2)".

Cu alte cuvinte, drepturile procedurale trebuie exercitate *civiliter*, altfel titularul nu „uzează” de dreptul său, ci „abuzează” de el^[1]. Mai mult, s-a spus că exercitarea cu bună-credință a drepturilor subiective a devenit, în sistemul nostru juridic, un principiu constituțional, deoarece art. 57 din Legea fundamentală postulează, în acest sens, că „cetățenii români, cetățenii străini și apatrizii trebuie să-și exercite drepturile și libertățile constituționale cu bună-credință, fără să încalce drepturile și libertățile celorlalți” și, chiar dacă textul se referă la „drepturile și libertățile constituționale”, regimul juridic al celorlalte drepturi subiective nu poate fi altul decât cel al drepturilor fundamentale, în jurul cărora gravitează toate celelalte drepturi^[2].

În opinia noastră, dă dovadă de exercitare abuzivă a drepturilor procedurale acel creditor care, deși cunoaște împrejurarea că debitorul său nu se află în stare de insolvență ci, cel mult, într-o perioadă de *jenă financiară pasageră* sau nici măcar, ori că neplata datoriei reclamate se datorează unor motive bine întemeiate care țin de neregularitatea creanței sau de contestarea acesteia (în sensul că pretenția este încă în litigiu), totuși, cu rea-credință formulează cerere de chemare în judecată, solicitând pe nedrept deschiderea procedurii colective, cu scopul de a-l determina, de *a-l constrânge* pe debitor să plătească suma pretinsă, pentru a nu risca pronunțarea unei hotărâri nefavorabile^[3].

De aceea, *cauțiunea*, în niciun caz, nu poate să reprezinte o determinare anticipată a eventualului prejudiciu încercat de debitor, cu atât mai mult cu cât nivelul sumei care va trebui plătită în caz de dispoziție a *judecătorului-sindic* este unul *variabil*. Nici textul de lege nu sugerează altceva, dispunând că, dacă cererea va fi respinsă, cauțiunea *va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitor* (dacă s-ar fi dorit cuantificarea prejudiciului, acest lucru ar fi fost arătat expres de către legiuitor). Fiind vorba de o sumă de bani ce trebuie depusă de creditor cu titlu de *garanție* pentru acoperirea eventualelor pagube care ar rezulta din formularea unei cereri nefondate, având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței, cauțiunea se întemeiază pe ideea de risc al creditorului și de garanție anticipată a debitorului, căruia i se pune la dispoziție un mijloc sigur în vederea acoperirii pagubelor pe care le-ar suferi dacă cererea creditorului va fi respinsă^[4]. Pe de altă parte, nu este admisibil, atâta timp cât stabilirea cuantumului cauțiunii este în atribuția exclusivă a judecătorului-sindic, să se considere că această sumă reprezintă automat și nivelul „despăgubirilor primare” ce i se cuvin debitorului.

66. În cazul în care instanța a acceptat solicitarea debitorului, din oficiu judecătorul-sindic neputând obliga creditorul declanșator la plata vreunei sume cu acest titlu^[5], *consemnarea cauțiunii* este o condiție de admisibilitate a cererii creditorilor, neîndeplinirea acestei obligații ducând *de plano* la respingerea acțiunii reclamantului, fără a se

[1] I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă II*, Ed. Europa Nova, București, 1997, p. 98-99; pentru o tratare monografică, a se vedea I. Deleanu, *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988.

[2] I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă II* (...), p. 99.

[3] Pentru un punct de vedere similar, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 474, autor care se referă la o culpă agravată, sub forma relei-credințe sau a abuzului de drept.

[4] M.N. Costin, I. Leș, M.Șt. Minea, D. Radu, *Dicționar de drept procesual civil*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1983, p. 112-113.

[5] A se vedea, în același sens, E. Tănăsică, *Deschiderea procedurii insolvenței la cererea creditorilor. Constația debitorului*, în R.D.C. nr. 4/2008, p. 43.

mai proceda la analizarea fondului, doar organele fiscale fiind scutite, potrivit art. 177 alin. (3) C. proc. fisc., de consemnarea vreunei cauțiuni^[1]. Și art. 91 NCPC statuează că „dispozițiile cuprinse în legi speciale privind scutirea de taxe, tarife, comisioane sau cauțiuni pentru cererile, acțiunile și orice alte măsuri luate în vederea administrării creanțelor fiscale rămân aplicabile”.

Mai trebuie arătat faptul că legiuitorul a stabilit un procent de până la 10% din valoarea creanței, plafonat în orice caz la valoarea de 40.000 lei, peste care *judecătorul-sindic* nu poate trece, norma referitoare la cuantumul cauțiunii fiind una imperativă, astfel că depășirea nivelului stabilit în alin. (1) al art. 72 din Codul insolvenței încalcă atât dispoziția legală menționată, cât și art. 21 din Constituția României referitor la accesul liber la justiție și art. 6 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care garantează dreptul la un proces echitabil.

În lipsa unor reglementări derogatorii în cuprinsul Codului insolvenței, *restituirea cauțiunii* se va dispune prin încheiere (supusă numai recursului la instanța ierarhic superioară, recursul fiind suspensiv de executare) de către tribunal, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 1063 alin. (1), (2) și (4) NCPC: „(1) Cauțiunea depusă se va restitui, la cerere, după soluționarea prin hotărâre definitivă a procesului în legătură cu care s-a stabilit cauțiunea, respectiv după încetarea efectelor măsurii pentru care aceasta s-a depus. (2) Cauțiunea se restituie celui care a depus-o în măsura în care asupra acesteia cel îndreptățit nu a formulat cerere pentru plata despăgubirii convenite până la împlinirea unui termen de 30 de zile de la data rămânării definitive a hotărârii sau, după caz, de la data încetării efectelor măsurii, prevăzute la alin. (1). Cu toate acestea, cauțiunea se restituie de îndată dacă partea interesată declară în mod expres că nu urmărește obligarea celui care a depus-o la despăgubiri pentru prejudiciile cauzate prin încuviințarea măsurii pentru care aceasta s-a depus. (...) (4) Dacă cererea pentru care s-a depus cauțiunea a fost respinsă, instanța va dispune din oficiu și restituirea cauțiunii”.

Ca atare, dacă debitorul *declară în mod expres*, în cadrul procesului inițiat de creditor având ca obiect *deschiderea procedurii colective*, că nu urmărește obligarea reclamantului la plata de despăgubiri pentru eventuale prejudicii cauzate prin formularea acțiunii introductive, prin însăși hotărârea de respingere a cererii creditorului *judecătorul-sindic* va dispune și restituirea cauțiunii. Aceasta întrucât cauțiunea, fiind o *garanție* în favoarea debitorului, în situația în care acesta declară că nu dorește să solicite repararea pagubelor pricinuite, înseamnă că renunță la garanția pe care i-a oferit-o legea, garanție care trebuie să fie înapoiată celui care a depus-o. Dacă, însă, debitorul nu face o astfel de declarație, restituirea cauțiunii nu poate avea loc decât *la solicitarea părții interesate* – creditorul –, fost reclamant, după trecerea unui termen de cel puțin 30 de zile de la rămânerea definitivă a sentinței de respingere a cererii de deschidere a procedurii insolvenței și, chiar dacă prin pronunțarea hotărârii *judecătorul-sindic* se dezinvestește, apreciem că cererea va fi soluționată de către același judecător^[2].

^[1] C.C., prin dec. nr. 1 din 10 ianuarie 2006 (M. Of. nr. 128 din 10 februarie 2006), a statuat că instituirea de către legiuitor a unor excepții de la regula generală a plății taxelor, tarifelor, comisiunelor sau cauțiunii pentru cererile, acțiunile și orice alte măsuri pe care organele fiscale le îndeplinesc în vederea administrării creanțelor fiscale nu constituie o atingere adusă dispozițiilor art. 124 alin. (2) din Constituție, potrivit căreia justiția este unică, imparțială și egală pentru toți, excepțiile găsindu-și justificarea în aceea că, în ipoteza în care calitatea de creditor aparține statului, riscul ca debitorul prejudiciat prin efectul procedurii insolvenței să nu poată obține repararea pagubei datorită insolabilității creditorului nu există, potrivit principiului că statul nu este niciodată în încetare de plăți.

^[2] Pentru un punct de vedere similar, a se vedea E. Tănăsică, op. cit., p. 45.

67. Prin folosirea expresiei „orice creditor îndreptătit”, legiuitorul a dorit să evidențieze faptul că, pentru deschiderea procedurii concursuale, nu se face vreo distincție, pe de o parte, între *creditorii chirografari* și cei care beneficiază de cauze de preferință, iar, pe de altă parte, cu privire la natura sau izvorul creanțelor, din redactarea normei deducându-se împrejurarea că procedura poate fi declanșată de către un singur creditor, pentru una sau mai multe creanțe. Este însă cert că, în continuare, *procedura* va fi obligatoriu *colectivă*^[1].

Întrucât legea nu face nicio referire la ipoteza în care același creditor are *concomitent* atât creanțe salariale inferioare valorii a 6 salarii medii brute pe economie/salariat, cât și creanțe de altă natură inferioare valorii prag de 40.000 lei, în literatura de specialitate s-a pus întrebarea dacă un astfel de creditor se subsumează sau nu conceptului de „creditor îndreptătit să solicite deschiderea procedurii insolvenței”, iar răspunsul dat a fost în sensul că, de vreme ce respectivul creditor nu îndeplinește niciuna dintre condițiile *valorii-prag*, iar textul nu reglementează o valoare-prag cumulată a celor două creanțe de natură diferită, se impune concluzia că acest creditor nu poate fi calificat ca atare^[2]. Un alt argument a fost acela că, dacă legiuitorul ar fi avut o altă intenție, atunci ar fi introdus în noua reglementare soluția consacrată inițial de art. 36 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 64/1995, republicată, în sensul că, atunci când un creditor deține creanțe din ambele categorii menționate, cuantumul total al creanțelor trebuie să fie superior valorii însumate a șase salarii medii pe economie, stabilite în condițiile legii și calculate la data formulării cererii introductive. Faptul că în cuprinsul noii legi nu se regăsește o reglementare similară demonstrează că legiuitorul a considerat că cerința *valorii-prag* nu poate fi considerată îndeplinită prin însumarea unor creanțe având regim juridic diferit, ci numai prin însumarea unor creanțe *de aceeași natură*, având același regim juridic.

În *opinia noastră*, răspunsul ar trebui să fie unul contrar, în sensul că și un astfel de creditor trebuie să fie considerat că este îndreptătit să solicite deschiderea procedurii, cu condiția ca suma celor două tipuri de creanțe pe care le deține față de același debitor să depășească valoarea-prag de 40.000 lei. În caz contrar, am putea ajunge la situații inacceptabile, cum ar fi aceea că un creditor care are atât creanțe salariale la nivelul a aproape 6 salarii medii brute pe economie^[3], cât și creanțe de altă natură, de exemplu în sumă de 39.999 lei, nu ar avea dreptul să formuleze o cerere introductivă, iar debitorul, care fără îndoială se află în stare de *insolvență vădit prezumată*, întrucât nu și-a plătit datoriile față de un creditor de mai mult de 60 de zile de la scadență, cu *rea-credință* nu solicită el însuși declanșarea procedurii colective. Argumentul de analogie – *ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet* – poate fi invocat în acest sens, fiind cunoscut faptul că unde există aceleași rațiuni, trebuie aplicată aceeași soluție legală.

Potrivit alin. (3) al art. 70 din Codul insolvenței, „dacă între momentul înregistrării cererii de către un creditor și cel al judecării acestei cereri sunt formulate cereri de către alți creditori împotriva aceluiași debitor, tribunalul, prin serviciul de registratură, va verifica, din oficiu, la data înregistrării, existența dosarului pe rol și va înregistra cererea la dosarul existent. Judecătorul-sindic va stabili îndeplinirea condițiilor referitoare la cuantumul minim al creanțelor, în raport cu valoarea însumată a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri și cu respectarea *valorii-prag* prevăzute de prezentul titlu, și

[1] I. Turcu, Deschiderea procedurii insolvenței comercianților (...), p. 21.

[2] M.N. Costin, C.M. Costin, art. cit., p. 13-14.

[3] Potrivit art. 16 din Legea nr. 6/2013 privind aprobarea bugetului asigurărilor sociale de stat pe anul 2013 (M. Of. nr. 107 din 22 februarie 2013) salariul mediu brut pe anul 2013 a fost de 2.223 lei.

va comunica cererile debitorului". Or, dacă în cazul unui debitor împotriva căruia au fost formulate în același timp *cereri de deschidere a procedurii* de către mai mulți creditori, legiuitorul a considerat că este necesar ca verificarea valorii-prag să se facă raportat la *valoarea însumată* a creanțelor tuturor creditorilor care au formulat cereri introductive, pentru identitate de rațiune, se impune ca o asemenea verificare să se facă și raportat la creanțele însumate deținute de același creditor, chiar dacă acestea sunt de natură dife-rită, nefiind vorba de o schimbare de optică, ci doar de o simplă scăpare legislativă. Mai mult decât atât, dacă un debitor care înregistrează datorii scadente neachitate de cel puțin 60 de zile în cuantum de minimum 40.000 lei poate fi subiect al procedurii insolvenței, *a fortiori* ar trebui să poată fi subiect pasiv al acesteia și debitorul care are datorii similare apropiate de acest nivel, precum și datorii salariale către unul și același creditor, obligații care, însumate, depășesc valoarea menționată.

§2. Conținutul cererii creditorilor

68. *Judecătorul-sindic*, anterior soluționării pe fond a acțiunii judiciare, va trebui să verifice dacă din conținutul cererii creditorului rezultă îndeplinirea cerințelor formale de *admisibilitate*, respectiv dacă cererea de chemare în judecată respectă exigențele impuse de art. 194 NCP, precum și dacă cererea creditorului îndeplinește condițiile prevăzute de art. 70 din Codul insolvenței.

Potrivit acestui din urmă text, creditorul reclamant trebuie să precizeze: a) cuantumul și temeiul creanței; b) existența unui *drept de preferință*, constituit de către debitor sau instituit potrivit legii^[1]; c) existența unor măsuri asigurătorii asupra bunurilor debitorului; d) declarația privind eventuala intenție de a participa la reorganizarea debitorului, caz în care va trebui să precizeze, cel puțin la nivel de principiu, modalitatea în care înțelege să participe la *reorganizare*.

Totuși, nu credem că o cerere de chemare în judecată din care lipsește numai indicarea măsurilor asigurătorii asupra bunurilor debitorului și declarația privind eventuala intenție de a participa la redresare și, în acest din urmă caz, fără precizarea, nici măcar la nivel de principiu, a modalității în care reclamantul înțelege să participe la reorganizarea judiciară a debitorului, ar putea să fie respinsă sau, mai grav, anulată, pentru că prima dintre cerințe nu are alt rol decât acela de *a-l informa* pe judecătorul-sindic cu privire la existența vreunei asemenea măsuri. Mai mult decât atât, după deschiderea procedurii colective, orice măsură asigurătorie devine fără efect, ca o consecință a suspendării dispuse de art. 75 din Codul insolvenței, iar ultima condiție nu poate duce la ridicarea sau decăderea creditorului declanșator din dreptul de a participa la reorganizarea debitorului, atâta vreme cât art. 132 alin. (1) lit. c) permite oricărui creditor, deci inclusiv celui declanșator, dacă deține separat sau împreună cu alți creditori cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în *tabelul definitiv de creanțe*, să propună un plan de reorganizare în termen de 30 de zile de la publicarea acestuia. Pe de altă parte, nică-

^[1] Garanțiile reale sunt, în reglementarea dată de noul Cod civil, ipotecile (atât cele imobiliare, cât și cele mobiliare), gajul și, prin extensie, dreptul de retenție; noțiunea de „garanție reală” include toate instrumentele juridice prin care un creditor dobândește un drept cu privire la unul sau mai multe bunuri ale debitorului său ori, în anumite cazuri, cu privire la bunurile unei alte persoane și care se adaugă dreptului de creanță; pe lângă ipoteca civilă, reglementată de art. 2343-2479 NCC, mai există și ipoteca ce însoțește creditele acordate pentru investiții imobiliare, care formează obiectul Legii nr. 190/1999 privind creditul ipotecar pentru investiții imobiliare).

ieri în cuprinsul legii nu se sancționează în vreun fel încălcarea acestor două obligații de către creditorul reclamant.

În schimb, *lipsa altor cerințe* poate avea drept consecință *respingerea* sau, după caz, *anularea cererii creditorului*. Spre exemplu, cererea de chemare în judecată care nu cuprinde numele și prenumele sau, după caz, denumirea creditorului sau al debitorului, obiectul cererii, motivele de fapt ale acesteia ori semnătura părții sau a reprezentantului acesteia va fi declarată nulă, lipsa semnăturii putând fi acoperită în cursul judecății în primă instanță, în condițiile alin. (2) al art. 196 NCP; neanexarea de către reclamant la cererea de deschidere a procedurii insolvenței a documentelor justificative ale creanței duce la imposibilitatea stabilirii de către tribunal a condițiilor necesare pentru declanșarea procedurii, simpla afirmare a deținerii unei creanțe certe, lichide și exigibile de mai mult de 60 de zile nefiind suficientă; neatașarea actelor de constituire a garanțiilor nu poate avea aceeași consecință, ci, cel mult, dacă creditorul nu va prezenta aceste înregistrări nici *practicianului*, suma reclamată va fi trecută în tabelul de creanțe la poziția prevăzută de art. 161 pct. 8 sau 9 – creanțe chirografare. Menționăm că *creditorul care introduce cererea* nu are obligația de a preciza prin cererea introductivă procedura care se va aplica debitorului insolvent, *reorganizare judiciară* sau *faliment*, ca în situația în care cererea este formulată de debitor.

69. Inițierea unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței de către un creditor dă naștere la un adevărat proces, de această dată nemaiaflându-ne în prezența unei *cereri necontencioase*, ca în situația cererii formulate de însuși debitorul^[1]. *Procedura contencioasă*, spre deosebire de cea grațioasă, are în mod necesar două părți – o parte reclamantă, care, în cazul nostru, este *creditorul care introduce cererea* și o parte chemată în judecată, numită pârât, care, în materia insolvenței, este *debitorul aflat în insolvență*. În *procedura necontencioasă* nu avem de-a face cu un conflict de interese, ci cu cereri pentru dezlegarea căroră, deși este nevoie de mijlocirea instanței, nu se urmărește stabilirea unui drept potrivit față de o altă persoană. De aceea, în literatura juridică se spune că procedura contencioasă este o procedură bilaterală, iar cea necontencioasă, o procedură unilaterală, în procedura contencioasă părțile reprezentând componenta subiectivă a acțiunii civile (uneori se vorbește de „contencios subiectiv”, fiindcă se pune în discuție un drept subiectiv)^[2].

Deci, din momentul înregistrării la tribunal a cererii de chemare în judecată formulate de creditor, având ca obiect deschiderea procedurii insolvenței, act procedural care constituie actul de sesizare al instanței, între creditor și debitor se naște un proces civil (mai exact, un litigiu privind *profesioniștii*), de competența exclusivă a *judecătorului-sindic*, care trebuie să soluționeze acest conflict de interese cu respectarea tuturor principiilor

^[1] În sens contrar, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 465, care afirmă că, în mod obișnuit, procesul declanșat de creditor are caracter necontencios, întrucât debitorul, cunoscând starea sa de insolvență vădită, achiesează expres sau implicit la cererea creditorului, și că, doar în cazul în care debitorul contestă cererea introductivă, procesul capătă caracter contencios, cu toate rigorile impuse de contradictorialitate, disponibilitate, poziție procesuală, probatoriu etc.; așadar, ambele părți (creditorul și debitorul) urmează a fi citate pentru soluționarea contestației; în același sens, V. Godâncă-Herlea, art. cit., p. 77, potrivit căruia judecarea cererii privind deschiderea procedurii insolvenței, atât la solicitarea creditorilor, cât și a debitorului, se face în procedură necontencioasă, ea putând deveni contencioasă doar în măsura formulării unei contestații sau a unei opoziții, în cadrul unei cereri de deschidere a procedurii nici debitorul și nici creditorii necerând stabilirea unui drept potrivit față de o altă persoană, stabilirea acestor drepturi urmând a se face ulterior, cu ocazia întocmirii tabelului de creanțe.

^[2] I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă II* (...), p. 48.

procedurii civile (contradictorialitate, garantarea dreptului la apărare, egalitate, nemijlocire, disponibilitate etc.).

Ar mai trebui stabilit dacă cererii creditorului i se aplică *procedura de regularizare* prevăzută de art. 200 NCPC, conform căreia completul căruia i s-a repartizat aleatoriu cauza verifică, de îndată, dacă cererea de chemare în judecată îndeplinește cerințele prevăzute la art. 194-197; când cererea nu îndeplinește aceste cerințe, reclamantului i se vor comunica în scris lipsurile, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să facă completările sau modificările dispuse, sub sancțiunea anulării cererii, fiind exceptată de la această sancțiune doar obligația de a se desemna un reprezentant comun, caz în care sunt aplicabile dispozițiile art. 202 alin. (3); dacă obligațiile privind completarea sau modificarea cererii nu sunt îndeplinite în termenul menționat, prin încheiere, dată în camera de consiliu, se dispune anularea cererii, împotriva încheierii de anulare reclamantul putând face numai cerere de reexaminare, solicitând motivat să se revină asupra măsurii anulării; cererea de reexaminare se face în termen de 15 zile de la data comunicării încheierii și se soluționează prin încheiere definitivă dată în camera de consiliu, cu citarea reclamantului, de către un alt complet al instanței respective, desemnat prin repartizare aleatorie, care va putea reveni asupra măsurii anulării dacă aceasta a fost dispusă eronat sau dacă neregularitățile au fost înlăturate în termenul acordat pentru regularizarea cererii, în caz de admitere, cauza fiind retrimisă completului inițial învestit.

Din punctul nostru de vedere, nu există niciun impediment juridic sau de altă natură care să justifice inaplicabilitatea procedurii de verificare și de regularizare a acțiunii și cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditor, în conformitate cu norma de trimitere prevăzută de art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței.

Această instituție introdusă prin noul Cod de procedură civilă are ca scop să împiedice ajungerea pe rolul instanțelor civile a acelor cereri de chemare în judecată care nu respectă *cerințele de formă* stabilite de legiuitor. Astfel, de exemplu, dacă cererea creditorului nu este timbrată în mod corespunzător, judecătorul-sindic nu va mai fixa un termen de judecată, pentru când va cita reclamantul cu mențiunea de a timbra acțiunea cu taxa judiciară de timbru prevăzută de O.U.G. nr. 80/2013, sub sancțiunea anulării cererii, precum și pe debitor, care, primind citația, este posibil să-și angajeze un apărător, pentru a fi în măsură să formuleze contestația la insolvență în termenul stabilit de lege. În această situație, judecătorul-sindic va da eficiență dispozițiilor art. 197 NCPC, care statuează că, „în cazul în care cererea este supusă timbrării, dovada achitării taxelor datorate se atașează cererii. Netimbrarea sau timbrarea insuficientă atrage anularea cererii de chemare în judecată, în condițiile legii”, prin comunicarea către reclamant, în scris, a acestei carențe, cu mențiunea că, în termen de cel mult 10 zile de la primirea comunicării, trebuie să facă dovada timbrării, sub sancțiunea anulării cererii, iar în cazul în care creditorul nu se conformează obligației privitoare la timbrare, cererea introductivă va fi anulată, în condițiile alin. (3) al art. 200 NCPC.

70. Instanța de judecată va da curs cererii creditorului dacă din conținutul acesteia rezultă îndeplinirea cumulativă a următoarelor condiții: a) semnatarul cererii este titularul unei creanțe față de debitor peste *valoarea-prag* prevăzută de lege^[1]; b) *creanța*

[1] Prin „titularul cererii” înțelegem nu numai creditorul care a semnat personal cererea de chemare în judecată, ci și pe acela care a împuternicit pentru aceasta o altă persoană, căreia i-a dat mandat în acest sens; reprezentarea în exercitarea acțiunii este definită ca fiind acel mecanism juridic prin care un terț dobândește

este *certă, lichidă și exigibilă*; c) neplata datoriei este consecința stării de insolvență a debitorului; d) această situație a debitorului durează de cel puțin 60 de zile.

O controversă serioasă a existat atât în practica judiciară, cât și în doctrină cu privire la validitatea plăților făcute de debitor către creditorii săi *după deschiderea procedurii* insolvenței și la efectele produse prin aceste plăți. Astfel, unele orientări au fost în sensul că este validă plata ulterioară a creanței pentru care s-a deschis procedura insolvenței^[1], iar alte orientări au fost în sensul că o asemenea plată este nevalidă, iar procedura insolvenței trebuie să continue^[2].

Codul insolvenței a confirmat această ultimă soluție, statuând, în art. 72 alin. (5) și (6), următoarele: „În cazul achitării, până la închiderea dezbaterilor, a creanței creditorului care a solicitat deschiderea procedurii, judecătorul-sindic va respinge cererea ca rămasă fără obiect, cauțiunea depusă fiind restituită în mod corespunzător. (6) Dacă debitorul *nu plătește creanța creditorului până la închiderea dezbaterilor*, iar judecătorul-sindic stabilește că debitorul este în stare de insolvență, va admite cererea de deschidere a procedurii formulate de acesta și va deschide, prin sentință, fie procedura generală a insolvenței, fie procedura simplificată, după caz. În acest caz, cauțiunea va fi restituită creditorului”. Mai mult decât atât, prin art. 84 alin. (1) s-a prevăzut că „în afară de cazurile prevăzute la art. 87, de cele autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt *nule de drept*”. Nu în ultimul rând, prin art. 178 s-a introdus un nou caz de închidere a procedurii insolvenței: „Dacă toți creditorii înscrși în tabelul definitiv al creanțelor *primesc sumele ce li se datorează în perioada de observație* sau renunță la judecată în perioada de observație, *judecătorul-sindic va dispune închiderea procedurii*, fără a dispune radierea debitorului din registrul în care este înregistrat”; altfel spus, dacă toți creditorii care sunt înscrși pe *tabelul definitiv* au fost plătiți în perioada de observație, nu se pune problema că procedura colectivă nu ar fi fost legal deschisă, ci doar că această procedură nu mai are rost să continue, putând fi închisă, fără radierea debitorului din registrul în care este înregistrat.

În schimb, însă, dacă debitorul efectuează plăți parțiale după data chemării sale în judecată, dar anterior pronunțării hotărârii de către judecătorul-sindic, plăți în urma cărora creanța rămasă de achitat ajunge *sub nivelul valorii-prag* prevăzute de lege pentru declanșarea procedurii insolvenței, este fără putință de tăgadă că cererea creditorului nu mai poate fi primită, acestuia rămânându-i deschisă calea dreptului comun^[3].

puterea și sarcina de a exercita o acțiune de pe poziția reclamantului sau de pe poziția pârâtului (în cazul formulării unei cereri reconvenționale – s.n.) în locul și în interesul altuia, al titularului dreptului la acțiune, iar reprezentarea în judecată (mandatul *ad litem*) este împuternicirea dată unei persoane, numite mandatar, de către o altă persoană, numită mandant, ca primul să îndeplinească, în numele și pe seama celui de-al doilea, acte de procedură necesare desfășurării procesului – I. Deleanu, *Tratat de procedură civilă II* (...), p. 51 și 53.

^[1] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 265 din 27 februarie 2007, nepublicată; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 367/R din 26 martie 2007, nepublicată; C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 1239 din 3 octombrie 2002, în P.J.Com, Ed. Brilliance, Colecția Lex Expert, Piatra Neamț, 2004, p. 204-205.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea F. Moțiu, C.B. Nasz, *Validitatea plăților efectuate de debitor după deschiderea procedurii insolvenței și efectele juridice ale acestor plăți*, în P.R. nr. 4/2007, p. 220-229.

^[3] În sens contrar, a se vedea C.A. București, s. a VI-a civ., dec. nr. 1200 R din 5 septembrie 2011, care, într-o situație similară, a stabilit că „din interpretarea textului de lege menționat, rezultă că plățile efectuate ulterior sesizării instanței cu cererea de deschidere a procedurii, nesemnificative raportat la răsturnarea prezumției de insolvență, care impune probarea deținerii de lichidități suficiente achitării integrale a sumei pretinse de către debitor, plăți efectuate exclusiv cu scopul diminuării creanței sub nivelul prag, nu pot avea ca efect respingerea cererii pentru îndeplinirea condițiilor de admisibilitate”

71. O altă problemă de drept, dezlegată pe calea *recursului în interesul legii* de către Înalta Curte de Casație și Justiție, a constituit-o modificarea legală a *valorii-prag* în sensul majorării cuantumului creanței introductive, intervenită *pe parcursul soluționării cererii creditorului* pentru deschiderea procedurii insolvenței. Astfel, prin Decizia nr. 5/2013^[1] privind judecarea recursului în interesul legii ce a format obiectul dosarului nr. 2/2013, s-a stabilit că *judecătorul-sindic* va analiza îndeplinirea condiției referitoare la existența creanței în cuantumul prevăzut de lege prin raportare la *momentul introducerii cererii* de deschidere a procedurii. Considerăm relevantă această soluție, având în vedere faptul că astfel de situații vor putea apărea în practică, legiuitorul Codului insolvenței înțelegând a reduce cuantumul valorii-prag, de la suma de 45.000 lei, stabilită prin art. 3 pct. 12 din Legea nr. 85/2006, la 40.000 lei, stabilită prin art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței.

Mai considerăm necesar să precizăm faptul că, raportat la prevederile art. 720⁸ CPC 1865, hotărârile date în primă instanță privind procesele și cererile în materie comercială erau executorii, exercitarea apelului nesuspendând de drept executarea. În aceste condiții, în practică au fost admise cereri de *deschidere a procedurii colective* întemeiate pe creanțe constatate printr-o hotărâre judecătorească pronunțată în materie comercială în primă instanță^[2]. Soluția este valabilă însă nuanțat, și în reglementarea dată de noul Cod de procedură civilă, pentru creanțele stabilite prin hotărâri judecătorești care constituie titlu executoriu, dacă respectiva hotărâre poate fi atacată cu apel sau recurs. Sub acest aspect, art. 637 NCPC statuează că „(1) Punerea în executare a unei hotărâri judecătorești care constituie titlu executoriu se poate face numai *pe riscul creditorului* dacă hotărârea poate fi atacată cu apel sau recurs; dacă titlul este ulterior modificat ori desființat, creditorul va fi ținut, în condițiile legii, să îl repună pe debitor în drepturile sale, în tot sau în parte, după caz. (2) Dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător în cazul punerii în executare a unei hotărâri arbitrale”.

În lipsa unei contestații din partea debitorului, judecătorul-sindic nu are altceva de făcut decât să aplice prezumția de insolvență instituită de legiuitor dacă, bineînțeles, toate condițiile referitoare la creanța reclamată sunt îndeplinite, iar în situația în care se formulează o asemenea contestație, *sarcina probei* se mută pe seama părâtului debitor, care va trebui să dovedească faptul că neplata se datorează nu stării de insolvență, ci altor cauze, precum stingerea ori diminuarea acelei creanțe sub nivelul valorii-prag, *prescripția* dreptului creditorului la acțiune în sens material, *prescripția* dreptului de a cere executarea silită dacă creditorul se afla în posesia unui titlu executoriu, neîntrunirea cerințelor creanței (caracterul condiționat sau nedeterminat al acesteia ori reeșalonarea termenelor de plată) etc.

Mai facem mențiunea că, potrivit dispozițiilor art. 72 alin. (2) din Codul insolvenței, în termen de 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului, instanța o va comunica debitorului și *organului fiscal competent*. După cum se observă, acest text normativ se dorește a fi o aplicare „simetrică” a dispozițiilor similare ale cererii debitorului, care va trebui să atașeze, în cadrul actelor menționate la art. 67 alin. (1), la lit. n), și dovada notificării organului fiscal competent.

[1] M. Of. nr. 280 din 17 mai 2013.

[2] În același sens, a se vedea I. Turcu, *Tratat de insolvență (...)*, p. 372; I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 228; St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca, *Noua lege a insolvenței (...)*, p. 127; pentru o soluție de speță, a se vedea C.A. Suceava, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 695 din 11 noiembrie 2002, în Ministerul Justiției, C.P.J. 2002, p. 244-245.

§3. Soluțiile pronunțate de judecătorul-sindic

72. Introducerea la tribunalul competent de către debitor sau de către creditor, precum și de orice alte persoane sau instituții prevăzute expres de lege, a unei *cereri de deschidere a procedurii insolvenței* are drept consecință investirea *judecătorului-sindic* căruia i-a fost repartizat în mod aleatoriu respectivul dosar cu soluționarea acelei cereri, cu respectarea principiilor procesului civil român.

În cazul în care debitorul formulează cererea de declanșare a procedurii, în conformitate cu dispozițiile art. 71 din Codul insolvenței „(1) Dacă cererea debitorului corespunde condițiilor prevăzute la art. 66, judecătorul-sindic va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii generale, iar dacă prin declarația făcută potrivit prevederilor art. 67 alin. (1) lit. g) debitorul își arată intenția de a intra în procedura simplificată ori se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2), judecătorul va pronunța o încheiere de deschidere a procedurii simplificate. Minuta încheierii privind deschiderea procedurii insolvenței se comunică, de îndată, administratorului judiciar provizoriu/lichidatorului judiciar provizoriu numit de către judecătorul-sindic. (2) Prin încheierea de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic va dispune administratorului judiciar/lichidatorului judiciar să efectueze notificările prevăzute la art. 100. În cazul în care, în termen de 10 zile de la primirea notificării, creditorii se opun deschiderii procedurii, judecătorul-sindic va ține, în termen de 5 zile, o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa deodată, printr-o sentință, toate opozițiile. Admițând opoziția, judecătorul-sindic va revoca încheierea de deschidere a procedurii”.

În primul rând, trebuie reținut că mijlocul procedural avut la dispoziție de către judecătorul-sindic pentru soluționarea cererii debitorului este *încheierea*, și nu *sentința*^[1], pentru simplul motiv că cererea debitorului, în primă fază, urmează calea *procedurii ne-contentioase*, ea nefiind soluționată în contradictoriu cu creditorii petentului. În al doilea rând, dată fiind specificitatea acestei etape, apreciem că judecătorul nu are altceva de făcut decât să verifice dacă cererea debitorului corespunde sau nu condițiilor prevăzute de art. 66 din Codul insolvenței, în sensul că debitorul se află în stare de *insolvență actuală* sau, cel puțin, în *insolvență iminentă*.

În esență, instanța de judecată are obligația de a analiza elementele care alcătuiesc conținutul noțiunii de insolvență, respectiv dacă persoana fizică sau juridică ce solicită a fi supusă *procedurii colective* dispune ori nu de lichidități suficiente pentru a-și acoperi

[1] Deși, potrivit art. 424 NCPC, „(1) Hotărârea prin care cauza este soluționată de prima instanță sau prin care aceasta se dezinvestește fără a soluționa cauza se numește sentință. (2) Hotărârea prin care judecătoria soluționează căile de atac împotriva hotărârilor autorităților administrației publice cu activitate jurisdicțională și ale altor organe cu astfel de activitate, în cazurile prevăzute de lege, se numește sentință. (3) Hotărârea prin care instanța se pronunță asupra apelului, recursului și recursului în interesul legii, precum și hotărârea pronunțată ca urmare a anulării în apel a hotărârii primei instanțe și reținerii cauzei spre judecare ori ca urmare a rejudecării cauzei în fond după casarea cu reținere în recurs se numesc decizie. (4) Hotărârea prin care instanța se pronunță asupra contestației în anulare sau asupra revizuirii se numește, după caz, sentință sau decizie. (5) Toate celelalte hotărâri date de instanță se numesc încheieri, dacă legea nu prevede altfel”, în conformitate cu alin. (1) și (2) ale art. 534 din același Cod, „(1) Încheierea prin care se încuviințează cererea este executorie. (2) Încheierea prevăzută la alin. (1) este supusă numai apelului, cu excepția celei pronunțate de un complet al Înaltei Curți de Casație și Justiție, care este definitivă”.

obligațiile bănești certe, lichide și exigibile pe care și le-a asumat anterior^[1], neinteresând în niciun fel starea de solvabilitate a patrimoniului debitorului.

În concret, judecătorul-sindic trebuie să verifice dacă petentul se află în imposibilitate de a-și plăti datoriile certe, lichide și exigibile cu sumele de bani pe care le are la dispoziție sau dacă la scadență debitorul nu va putea să achite aceste datorii cu fondurile bănești disponibile la acea dată, dacă cererile persoanelor juridice sunt semnate de persoanele care, potrivit actelor constitutive sau statutelor, au calitatea de a le reprezenta, dacă acțiunea introductivă este însoțită de actele prevăzute la art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței, dacă debitorul a mai fost supus procedurii reglementate de acest act normativ în ultimii 5 ani anteriori formulării cererii, dacă debitorul sau administratorii, directorii și/sau acționarii/asociații/asociații comanditari *care dețin controlul* debitorului au fost condamnați pentru infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și pentru infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal, cu modificările și completările ulterioare și Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cu modificările ulterioare, și infracțiunile prevăzute de Codul insolvenței în ultimii 5 ani anterior deschiderii procedurii.

Dacă în urma acestei analize sunt îndeplinite toate cerințele stabilite de legiuitor, instanța va deschide, printr-o încheiere, procedura concursuală, hotărâre care va fi notificată, în condițiile art. 99 din Codul insolvenței, de către administratorul judiciar debitorului, tuturor creditorilor menționați în lista depusă de acesta și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii.

73. Soluția pe care o pronunță *judecătorul-sindic* depinde, pe de o parte, de situația în care se află debitorul petent, mai precis, de starea patrimoniului acestuia, iar, pe de altă parte, de atitudinea pe care o adoptă debitorul după formularea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, respectiv dacă el a anexat cererii introductive actele prevăzute la art. 67 alin. (1) sau le-a depus la dosar în termenul fixat de judecătorul-sindic și nici nu și-a arătat, prin declarația făcută conform art. 67 alin. (1) lit. g), intenția de a intra în *procedura de reorganizare* sau cea *simplificată*, situație în care tribunalul va dispune declanșarea *procedurii generale*. În cazul în care debitorul se încadrează în una dintre categoriile prevăzute de art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței, se va deschide procedura simplificată a insolvenței.

^[1] Unii autori consideră că judecătorul-sindic are obligația de a verifica prezența următoarelor elemente: 1) existența uneia sau mai multor datorii ale debitorului; 2) inexistența sau insuficiența fondurilor bănești pentru acoperirea acestora; 3) trecerea unui termen de 30 de zile de la împlinirea scadenței – a se vedea, în acest sens, *St.D. Cărpănuș, V. Nemeș, M.A. Hotca*, Noua lege a insolvenței (...), p. 137; tocmai datorită faptului că debitorul are dreptul să formuleze cerere de deschidere a procedurii insolvenței și în cazurile în care apariția stării de insolvență este iminentă, considerăm că ultima condiție nu se impune a fi îndeplinită.

Este fără îndoială că declanșarea procedurii insolvenței în oricare dintre cele două forme – generală sau simplificată – va produce consecințe importante în relațiile comerciale în care este angajat debitorul față de partenerii săi (clienți sau furnizori), motiv pentru care Codul insolvenței permite creditorilor să se opună deschiderii acestei proceduri în termen de 10 zile de la notificarea efectuată de *practician*.

Acest termen, prevăzut pentru formularea unei eventuale *oposiții* la deschiderea procedurii, fiind un termen procedural^[1], are natura juridică a unui *termen de decădere*, cu toate consecințele care derivă dintr-o asemenea calificare juridică. Astfel, dacă creditorii nemulțumiți de deschiderea procedurii colective, deși au fost legalificați în condițiile art. 100, nu au înțeles să formuleze opoziție în interiorul termenului de 10 zile de la data primirii notificării, sunt decăzuți din dreptul de a mai uza de această cale procedurală, știut fiind faptul că, în conformitate cu art. 185 alin. (1) NCPC, „când un drept procesual trebuie exercitat într-un anumit termen, nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercitarea dreptului, în afară de cazul în care legea dispune altfel. Actul de procedură făcut peste termen este lovit de nulitate”.

Dacă vreun creditor a înregistrat o opoziție la *încheierea de deschidere a procedurii* pronunțată în condițiile alin. (1) al art. 71, judecătorul-sindic are obligația de a ține, în termen de 5 zile^[2], o ședință la care să fie citați, alături de creditorii oponenți, atât administratorul judiciar, cât și debitorul care a solicitat să fie supus dispozițiilor Codului insolvenței, din momentul formulării acestei opoziții *procedura grațioasă* transformându-se într-una eminamente contradictorie.

Încă dinainte de apariția Legii nr. 85/2006, în literatura juridică s-a apreciat că, pentru celeritate și soluționarea cererii debitorului într-un cadru mai larg, în deplină concordanță cu interesele creditorilor, ar fi mai oportun ca cererea debitorului pentru deschiderea procedurii insolvenței să fie notificată creditorilor din lista depusă de petent, după care, în interiorul unui termen legal, care să curgă de la notificare, creditorii nemulțumiți de solicitarea debitorului lor să poată formula opoziție, urmând ca cererea debitorului și opozițiile creditorilor să fie soluționate printr-o singură hotărâre, cu citirea tuturor părților direct interesate, respectiv a debitorului și a *creditorilor oponenți*^[3].

Considerăm că opoziția analizată este o cale de atac *sui generis*, o cale procesuală distinctă, prin intermediul căreia creditorii care se consideră prejudiciați în drepturile lor ca urmare a deschiderii procedurii insolvenței față de un debitor, la cererea acestuia din urmă, solicită judecătorului-sindic să reanalizeze condițiile de admisibilitate a cererii debitorului și, din prisma împrejurărilor înveredate de către creditorii oponenți, raportat la dovezile prezentate de aceștia, să asigure legalitatea procedurii de *executare colectivă*^[4]. Și în limbajul obișnuit, termenul „opoziție” exprimă dezacordul față de o anumită măsură, protestul împotriva ei, dorința de a o înlătura sau de a o îndrepta. Opoziția, în limbajul

^[1] Ca atare, el se calculează pe zile libere, neintrând în calcul nici ziua din care el începe să curgă (*dies a quo*) și nici ziua în care se sfârșește (*dies ad quem*), astfel cum dispune art. 181 NCPC, potrivit căruia „(...) când termenul se socotește pe zile, nu intră în calcul ziua de la care începe să curgă termenul, nici ziua când acesta se împlinește”.

^[2] Acest termen de 5 zile în care judecătorul-sindic are obligația de a ține o ședință la care să citeze administratorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa, deodată, printr-o sentință, toate opozițiile, este, și în opinia noastră, unul de recomandare, dovadă că legea nu prevede nicio sancțiune pentru nerespectarea lui – în același sens, a se vedea, *I. Adam, C.N. Savu*, op. cit., p. 296.

^[3] *M.L. Belu Magdo*, art. cit., p. 51.

^[4] În același sens, a se vedea *I. Turcu*, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 27, care consideră că opoziția este o cale de atac prealabilă, de natura unei retractări.

obișnuit, dă expresie cerinței de dreptate, aceleași cerințe răspunzându-i noțiunea și în înțelesul ei tehnic, în limbajul juridic.

74. Chiar dacă instituția *oposiției* reglementată în trecut de Codul de procedură civilă, care constituia o cale de atac specială, a fost abrogată încă din perioada interbelică, nu credem că se poate susține cu temei că *de lege lata* opoziția prevăzută de alin. (2) al art. 71 din Codul insolvenței reprezintă un simplu mijloc de apărare pus la îndemâna creditorilor, cum se afirmă, uneori, în literatura de specialitate^[1], cel mai puternic argument în sprijinul naturii juridice pe care noi o propunem fiind acela că încheierea pronunțată de judecătorul-sindic prin care acesta a decis deschiderea procedurii colective nu poate fi atacată direct cu apel de către creditorii, aceștia putând uza *doar de calea opoziției*, respectiv a apelului împotriva eventualei soluții de respingere a opoziției. De altfel, și unii dintre autorii care consideră opoziția ca un mijloc de apărare pus la îndemâna creditorilor acceptă faptul că numai *creditorii oponenți* au deschisă calea apelului împotriva sentinței pronunțate de judecătorul-sindic în urma soluționării eventualelor opoziții formulate la cererea de deschidere a procedurii^[2]. Aceasta este și concepția care predomină practica judiciară actuală, soluție bazată pe ideea că orice „opoziție” înseamnă, în fapt, o plângere împotriva actelor sau măsurilor adoptate de o anumită autoritate^[3].

În lipsa vreunei precizări în cuprinsul textului legal, literatura de specialitate a concluzionat că pe calea opoziției creditorii pot invoca orice fel de motiv prin care se încearcă combaterea stării de insolvență a debitorului și că, în principal, opoziția creditorilor va viza elemente ce alcătuiesc conținutul *insolvenței vădite* sau al *insolvenței iminente* în care debitorul a arătat că se află, prin cererea introductivă^[4]. De asemenea, creditorii au posibilitatea de a contesta și unele aspecte legate de documentele pe care debitorul este obligat, potrivit art. 67 alin. (1), să le depună fie odată cu cererea introductivă, fie ulterior, în termenul stabilit de *judecătorul-sindic*. Spre exemplu, creditorii pot invoca încălcarea dispozițiilor prevăzute de art. 69^[5], dovedind că în ultimii 5 ani, precedenți hotărârii de deschidere a procedurii, debitorul persoană juridică a mai fost supus reorganizării judiciare, ceea ce îi interzice acestuia să formuleze din nou o asemenea cerere.

În opinia noastră, din analiza textului art. 71 alin. (2) rezultă în mod clar că prin opoziție creditorii pot critica doar chestiuni legate de deschiderea procedurii, nu și alte aspecte adiacente acesteia, care urmează să fie analizate și soluționate de către judecătorul-sindic ulterior, pe parcursul administrării dosarului de insolvență, textul menționat prevăzând expres că „(...) în cazul în care, în termen de 10 zile de la primirea notificării, creditorii se opun deschiderii procedurii, judecătorul-sindic va ține, în termen de 5 zile, o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, debitorul și cre-

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 301; în același sens, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 390.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 301.

^[3] În practică s-a reținut că recursul declarat de un creditor împotriva hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței la cererea debitorului este inadmisibil, întrucât alegerea modalității de atacare a soluției tribunalului nu este posibilă, având în vedere că recurentul trebuia să apeleze la calea opoziției, definită de art. 32 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 – a se vedea C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 1115 din 25 noiembrie 2008, nepublicată; în același sens, C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 2252 din 6 decembrie 2011, nepublicată, și C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. civ. nr. 1051 din 25 iunie 2002, *apud* I. Turcu, Legea procedurii insolvenței (...), p. 226, nota 2.

^[4] St.D. Cărpănuș, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 140.

^[5] Art. 69 din Codul insolvenței statuează că „Nu pot fi supuși reorganizării judiciare debitorii, persoane juridice, care în ultimii 5 ani, precedenți hotărârii de deschidere a procedurii, au mai fost supuși unei proceduri de reorganizare judiciară”.

ditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa deodată, printr-o sentință, toate opozițiile. (...)”.

În general, creditorii se vor opune declanșării procedurii reglementate de Codul insolvenței solicitate de debitor numai în acele cazuri în care petentul, cu *rea-credință*, formulează o cerere introductivă, situația sa patrimonială nereclamând o asemenea măsură, întrucât debitorul, nici în prezent, și nici într-un viitor previzibil nu se află în stare de *insolvență actuală* ori *iminentă*, cererea sa având un scop pur șicanator prin care urmărește, în realitate, cu totul alte scopuri decât cel prescris de art. 2 – instituirea unei *proceduri colective* pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență. În asemenea situații, creditorii oponenți pot invoca cu succes prematuritatea cererii debitorului, iar dacă vor reuși să dovedească și împrejurarea că aceasta a fost formulată cu *rea-credință*, ei au posibilitatea de a solicita, în condițiile alin. (9) al art. 66, antrenarea *răspunderii patrimoniale* a debitorului persoană fizică sau juridică, pentru prejudiciile pricinuite.

75. Mai trebuie menționat că acei creditori care nu au formulat *opoziție* la cererea debitorului nu numai că nu vor fi citați de *judecătorul-sindic* la ședința pe care acesta este obligat să o țină în vederea soluționării, printr-o sentință, a tuturor opozițiilor la deschiderea procedurii insolvenței, aspect care rezultă fără putință de tăgadă din redactarea alin. (2) al art. 71, dar ei nici nu au dreptul să formuleze apel împotriva hotărârii pronunțate de tribunal întrucât, în caz contrar, s-ar încălca principiul *omisso medio* în materia exercitării mijloacelor și căilor procesuale^[1].

Dacă din probele administrate în condiții de contradictorialitate și de garantare deplină a dreptului la apărare rezultă că cererea debitorului îndeplinește condițiile prevăzute de art. 66 din Codul insolvenței, opoziția creditorilor va fi respinsă, ceea ce înseamnă că *procedura colectivă* deschisă de judecătorul-sindic va continua, iar dacă se va constata că situația patrimonială a debitorului nu justifică administrarea procedurii insolvenței, alin. (2) al art. 71 prevede că instanța are posibilitatea de a admite opoziția creditorilor și de a *revoca* încheierea de deschidere a procedurii. Deschiderea ulterioară a procedurii, la cererea debitorului sau a creditorilor, nu va putea modifica data apariției stării de insolvență.

Dacă însă cererea de deschidere a procedurii este formulată de unul dintre creditorii debitorului, încă de la început avem de a face cu un veritabil proces, în sensul că cererea de chemare în judecată va fi soluționată în *procedură contencioasă*, motiv pentru care ea trebuie comunicată părții pârâte în 48 de ore de la înregistrare, în termen de 10 zile de la primirea copiei debitorul având obligația fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență^[2] [art. 72 alin. (2) și (3) din Codul insolvenței].

^[1] În același sens, St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 141 și I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 301; pentru o altă opinie, a se vedea Gh. Piperea, op. cit., p. 390, care susține că, în mod normal, creditorul ar trebui să opteze pentru apel împotriva încheierii de deschidere a procedurii la solicitarea debitorului, și nu pentru opoziție; creditorul care a uzat de incidentul opoziției, în locul căii de atac a apelului – apel în care ar putea, la extremă, să probeze că debitorul nu este în stare de insolvență sau că a folosit drepturile procesuale oferite de Legea insolvenței în chip abuziv –, nu va mai putea ataca hotărârea de deschidere, întrucât față de el această hotărâre a intrat în puterea de lucru judecat.

^[2] În dreptul comun, în conformitate cu art. 201 NCPC, „(1) Judecătorul, de îndată ce constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru cererea de chemare în judecată, dispune, prin rezoluție, comunicarea acesteia către pârât, punându-i-se în vedere că are obligația de a depune întâmpinare, sub sancțiunea prevăzută de lege, care va fi indicată expres, în termen de 25 de zile de la comunicarea cererii de chemare în judecată, în condițiile art. 165. (2) Întâmpinarea se comunică de îndată reclamantului, care este

Pentru realizarea creanței deținute față de debitor, creditorul are deschisă opțiunea între *executarea silită* în conformitate cu Codul de procedură civilă și introducerea unei *cereri de deschidere a procedurii insolvenței* în condițiile reglementate de Codul insolvenței, neexistând nicio dispoziție legală care să oblige creditorul să aleagă una sau alta dintre căile menționate, doar acesta putând aprecia dacă optează pentru calea *executării silită individuale* sau pentru cea *colectivă*, procedura insolvenței putând fi deschisă chiar și atunci când există o singură *creanță* nerecuperată, cu condiția ca aceasta să fie *certă, lichidă și exigibilă* și să aibă un quantum superior *valorii-prag*^[1].

În doctrină^[2] și în jurisprudență s-a statuat că neprimirea de către debitor a cererii creditorului având ca obiect declanșarea procedurii insolvenței trebuie să fie invocată, sub sancțiunea decăderii, la primul termen de judecată fixat în cauză, dacă debitorul participă la această ședință^[3], iar dacă debitorul nu este prezent datorită faptului că nu a primit notificarea, neregularitatea fiind de ordine publică, ea poate fi constatată și din oficiu, în recursul debitorului declarat împotriva *sentinței* de deschidere a procedurii, conform art. 306 CPC 1865^[4].

Soluția poate fi considerată valabilă și după intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, care, la art. 178, statuează că „(1) Nulitatea absolută poate fi invocată de orice parte din proces, de judecător sau, după caz, de procuror, în orice stare a judecății cauzei, dacă legea nu prevede altfel. (2) Nulitatea relativă poate fi invocată numai de partea interesată și numai dacă neregularitatea nu a fost cauzată prin propria faptă. (3) Dacă legea nu prevede altfel, nulitatea relativă trebuie invocată: a) *pentru neregularitățile săvârșite până la începerea judecății, prin întâmpinare sau, dacă întâmpinarea nu este obligatorie, la primul termen de judecată*; b) *pentru neregularitățile săvârșite în cursul judecății, la termenul la care s-a săvârșit neregularitatea sau, dacă partea nu este prezentă, la termenul de judecată imediat următor și înainte de a pune concluzii pe fond*. (4) Partea interesată poate renunța, expres sau tacit, la dreptul de a invoca nulitatea relativă. (5) Toate cauzele de nulitate a actelor de procedură deja efectuate trebuie invocate deodată, sub sancțiunea decăderii părții din dreptul de a le mai invoca”.

76. Și termenul reglementat de alin. (3) al art. 72 din Codul insolvenței este un termen procedural stabilit pe zile, care se calculează în conformitate cu art. 181 NCPC

obligat să depună răspuns la întâmpinare în termen de 10 zile de la comunicare. Pârâtul va lua cunoștință de răspunsul la întâmpinare de la dosarul cauzei. (3) În termen de 3 zile de la data depunerii răspunsului la întâmpinare, judecătorul fixează prin rezoluție primul termen de judecată, care va fi de cel mult 60 de zile de la data rezoluției, dispunând citarea părților. (4) În cazul în care pârâtul nu a depus întâmpinare în termenul prevăzut la alin. (1) sau, după caz, reclamantul nu a comunicat răspuns la întâmpinare în termenul prevăzut la alin. (2), la data expirării termenului corespunzător, judecătorul fixează prin rezoluție primul termen de judecată, care va fi de cel mult 60 de zile de la data rezoluției, dispunând citarea părților. (5) În procesele urgente, termenele prevăzute la alin. (1)-(4) pot fi reduse de judecător în funcție de circumstanțele cauzei. (6) În cazul în care pârâtul domiciliază în străinătate, judecătorul va fixa un termen mai îndelungat, rezonabil, în raport cu împrejurările cauzei. Citarea se va face cu respectarea dispozițiilor art. 156”.

[1] Pentru o decizie de speță, a se vedea C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 509/R din 5 iunie 2006, în B.J. 2006, p. 353-354.

[2] M.L. Belu Magdo, art. cit., p. 57.

[3] C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. civ. nr. 379 din 11 iulie 2000, în B.J. C.P.J. 2000, vol. 2, Ed. Lumina Lex București, 2001, p. 140-141.

[4] C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. civ. nr. 123 din 7 martie 2000, în B.J. C.P.J. 2000, vol. 2, p. 154-156, și C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. civ. nr. 498 din 12 iunie 2001, în B.J. C.P.J. 2001, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 400-401; în același sens, a se vedea C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 354 din 18 aprilie 2006, nepublicată.

și care are natura juridică a unui *termen de decădere*, astfel că dacă debitorul nu a înțeles să formuleze în acest interval de timp *contestație la cererea de deschidere a procedurii colective* înaintată de creditor, el va fi decăzut din dreptul de a mai contesta că s-ar afla în stare de insolvență^[1]. Drept urmare, ori de câte ori *judecătorul-sindic* constată că a intervenit *decăderea*, va proceda la *anularea contestației* debitorului, și nu la respingerea acesteia pentru *tardivitate*, deoarece decăderea este o stare de drept care precede și determină nulitatea actului de procedură, în timp ce tardivitatea este sancțiunea depășirii termenului de *prescripție*, care privește dreptul material la acțiune, și nu actele de procedură^[2].

Observăm că, spre deosebire de prevederile Legii nr. 85/2006, care îl sancționau pe debitorul căruia i se respingea contestația, în sensul că acesta nu mai avea dreptul de a propune un *plan de reorganizare*, Codul insolvenței a suprimat această veritabilă piedică în calea debitorului care ar fi dorit, cu *bună-credință*, să își nege starea de insolvență, dar care, în cazul deschiderii insolvenței, dorea să se reorganizeze.

Criticând vechea dispoziție a Legii nr. 85/2006 care îngreua dreptul debitorului de a propune un plan de reorganizare, unii doctrinari au fost de părere că respectiva reglementare este injustă, prin aceea că îl pune în inferioritate pe *debitorul contestator* față de creditorul care face *opoziție* și care recurge tot la un mijloc de apărare, dar care nu suportă niciun risc dacă opoziția sa este respinsă de tribunal^[3]. În susținerea acestei teze s-a arătat că nu se poate prezuma prin lege, cum o făcea legiuitorul prin textul art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, că toți debitorii față de care se solicită deschiderea procedurii ar avea o stare a patrimoniului care nu justifică *reorganizarea judiciară*. Pe de altă parte, contestația nu constituie un mijloc de tergiversare a procedurii, atâta timp cât ea este pusă de legiuitor la îndemâna debitorului, drept garantat de art. 21 din Constituția României, dispoziția criticată fiind contrară și preambulului Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, care consfințește principiul că legile țărilor membre trebuie să fie transparente și să asigure situații de echitate pentru beneficiarii acestora.

De asemenea, un alt autor considera că respectiva reglementare duce la concluzia că nu s-a dorit să se ofere șanse reale reorganizării, fiind excluși de la această procedură debitorii cărora li se respinge contestația și că, fără a face diferențierea între persoanele de *bună-credință* și cele de *rea-credință*, se răpește debitorului care a „îndrăznit” să formuleze contestație dreptul de a cere reorganizarea. Ca atare, dispozițiile art. 33 alin. (2) teza a II-a îl forțau pe debitor să nu mai promoveze contestație și să fie de acord cu declanșarea procedurii, pentru a nu risca să fie lipsit de dreptul menționat și că numai dacă această măsură ar fi fost luată doar împotriva debitorului de *rea-credință*, care promovează contestația doar în scopul de a tergiversa procedura, reglementarea nu ar fi fost inechitabilă^[4].

77. În ceea ce privește motivele contestației, acestea se vor referi, în esență, la constatarea de către *judecătorul-sindic* a împrejurării că debitorul nu se află în stare de insolvență. Dar doctrina relevantă în materie a subliniat faptul că prin *contestație*

[1] C.A. Pitești, dec. nr. 322 din 3 noiembrie 1999, în E. Lovin, op. cit., p. 194-198.

[2] Pentru dezvoltări, a se vedea I. Leș, Sancțiunile procedurale în materie civilă. Nulitatea. Decăderea. Perimarea, ed. a 2-a, revăzută și actualizată, Ed. Lumina Lex, București, 1997.

[3] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 304-306.

[4] E. Tănăsică, op. cit., p. 42.

debitorul pârât poate invoca și alte apărări decât lipsa condiției *încetării plăților*, și anume neîndeplinirea oricăreia dintre cerințe pentru declanșarea procedurii insolvenței, respectiv: neîntreținerea condițiilor privitoare la *creanță* (caracterul *cert*, *lichid* sau *exigibil* al creanței reclamate), existența fondurilor bănești suficiente pentru acoperirea pasivului exigibil sau neîndeplinirea plafonului minim al creanței pretinse de creditori^[1]. Altfel spus, se propune o interpretare extensivă a textului alin. (3) al art. 72, iar nu o interpretare literală, pentru că, în acest ultim caz, s-ar ajunge la imposibilitatea debitorului pârât de a se apăra prin invocarea neîndeplinirii unora dintre condițiile cerute de lege pentru deschiderea *procedurii colective*, aspect care nu poate fi acceptat.

Spre deosebire de Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței, la art. 72 alin. (3), teza a II-a, arată că, în cadrul judecării contestației debitorului, va putea fi administrată *doar proba cu înscrisuri*.

Chiar dacă debitorul nu formulează contestație la cererea creditorilor sau contestația sa este anulată fără ca tribunalul să o analizeze pe fond, judecătorul-sindic este obligat să verifice îndeplinirea condițiilor legale de admisibilitate ale acțiunii introductive, deoarece legiuitorul nu a înțeles să reglementeze condițiile declanșării procedurii insolvenței numai pentru a fi invocată nerespectarea lor în contestația debitorului^[2]. Sub acest aspect, unele instanțe s-au pronunțat în sensul că, deși *sarcina probei* faptului contrar *prezumției* instituite de lege – inexistența stării de insolvență – revine debitorului, legiuitorul impune verificarea stării de *incapacitate de plată*^[3]. Cu alte cuvinte, *normele* care reglementează condițiile deschiderii procedurii concursuale sunt de *ordine publică* și ele nu ocrotesc doar interesele debitorului, astfel că se impune examinarea îndeplinirii lor chiar din oficiu de către instanța de judecată. Un argument în sprijinul acestui punct de vedere este cel legat de natura juridică a contestației debitorului, calificată în doctrină ca fiind o *contestație la executare specifică*, o contestație incidentă formulată pe cale de apărare^[4].

Legea nu precizează ce se întâmplă în caz de tăcere pur și simplu a debitorului, astfel că, în pofida *prezumției de insolvență vădită*, instanța va trebui să stabilească realitatea incapacității de plată, recurgând și la administrarea de probe în susținerea prezumției^[5]. Considerăm și noi că legiuitorul român a instituit prezumția legală relativă de insolvență, care profită creditorului declanșator prin aceea că-l scutește pe acesta de a mai dovedi starea de încetare de plăți a debitorului pârât, numai în scopul de a-i ușura probațiunea sub acest aspect, instanța de judecată având obligația de a analiza existența tuturor cerințelor pretinse de lege pentru a se putea declanșa procedura colectivă.

78. Dacă debitorul nu contestă, în termenul de 10 zile de la comunicarea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, că ar fi în stare de insolvență, *judecătorul-sindic* va da o sentință de deschidere a *procedurii generale* sau *simplificate*, după caz. Nedepunerea de către societatea debitoare a contestației atrage decăderea părții din dreptul

[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 102; St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 146; V. Godâncă-Herlea, art. cit., p. 78.

[2] M.L. Belu Magdo, art. cit., p. 54; în același sens, a se vedea St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 150, R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul (...), p. 164 și V. Godâncă-Herlea, art. cit., p. 75.

[3] A se vedea practica judiciară prezentată în M. Comșa, Începerea procedurii reorganizării judiciare (...), p. 24.

[4] N. Tândăreanu, op. cit., p. 107.

[5] V. Godâncă-Herlea, art. cit., p. 76.

de a mai contesta starea de insolvență, judecătorul-sindic fiind obligat, printr-o normă imperativă, să dea o hotărâre de deschidere a procedurii, după ce a verificat îndeplinirea condițiilor legale de admitere a cererii creditoarei. În aceste condiții, debitoarea nu mai este îndreptățită a supune analizei instanței de recurs starea sa de solvență, cât timp acest fapt nu a făcut obiectul analizei primei instanțe, ca urmare a neformulării *contestației* la care avea dreptul^[1].

Raportat la cele arătate mai sus, considerăm discutabilă decizia prin care o curte de apel a respins ca nefondat recursul declarat de creditor împotriva sentinței tribunalului prin care judecătorul-sindic i-a respins cererea de declanșare a *procedurii colective* în temeiul art. 24 din fosta Lege nr. 64/1995 împotriva unui debitor care îi datora suma de 4.242.552 lei, stabilită printr-o hotărâre judecătorească definitivă, cu motivarea că instanța de fond a solicitat reclamantei să depună la dosar acte în legătură cu demersurile pe care le-a făcut pentru executarea sentinței prin care i-a fost recunoscută creanța, pentru a se verifica faptul că societatea pârâtă se află în *incapacitate de plată*, iar reclamanta a comunicat că nu are alte acte în afara *titlului executoriu*^[2]. Or, pentru a se declara *falimentul*, potrivit art. 24 din legea menționată, nu este suficient ca reclamantul să aibă o *creanță certă, lichidă și exigibilă*, ci este necesar a se face dovada că timp de cel puțin 30 de zile debitorul a încetat plățile.

Este adevărat că, pentru a se putea deschide procedura insolvenței, nu este suficient ca un creditor să aibă o *creanță certă, lichidă și exigibilă*, ci se impune ca acesta să probeze împrejurarea că de cel puțin 60 de zile debitorul a încetat plățile față de el, dar în lipsa contestației formulate la cererea creditorului și având în vedere și *prezumția de insolvență vădită* instituită de legiuitor [și în vechea reglementare se statua că „orice creditor care are una sau mai multe creanțe certe, lichide și exigibile poate introduce la tribunal o cerere împotriva unui debitor care este prezumat în insolvență din cauza încetării plăților față de acesta timp de cel puțin 30 de zile(...)” – art. 36 din Legea nr. 64/1995, republicată, cu modificările ulterioare], apreciem că creditorul nu mai trebuia să facă nicio altă dovadă și instanța ar fi trebuit să dispună *deschiderea procedurii colective*, legea română nepretinzând, așa cum o face cea franceză, și condiția ca respectiva *creanță* să fie *solicitată la plată*.

Potrivit art. 72 din Codul insolvenței, în cazul cererii de deschidere a procedurii insolvenței formulate de creditor, la cererea debitorului, formulată în termen de 10 zile de la primirea cererii creditorului, judecătorul-sindic poate dispune, prin *încheiere*, în sarcina creditorului consemnarea, la o bancă, a unei cauțiuni de până la 10% din valoarea creanței, dar nu mai mult de 40.000 lei, fiind necesar ca această cauțiune să fie consemnată în termen de 5 zile de la comunicarea măsurii, sub sancțiunea *respingerii cererii de deschidere a procedurii*. În termen de 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului, instanța o va comunica debitorului, care, în termen de 10 zile de la primire, trebuie fie să conteste, fie să recunoască existența stării de insolvență, în cadrul judecării contestației putând fi administrată doar proba cu înscrisuri. Dacă judecătorul-sindic stabilește că debitorul nu este în stare de insolvență, respinge cererea creditorului, care va fi considerată

^[1] C.A. Constanța, s. com., mar. și fluv., cont. adm. și fisc., dec. nr. 1719/COM din 26 septembrie 2007, în B.C.A. nr. 4/2007, p. 30-31; pentru soluții similare, a se vedea C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 54 din 16 ianuarie 2002, P.J.Com. 2002, p. 260-261; C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 140 din 6 martie 2001, în B.J. C.P.J. 2001, p. 409-410; C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 357 din 8 mai 2001, în B.J. C.P.J. 2001, p. 425-426.

^[2] C.A. București, s. com., dec. nr. 219/1999, în C.P.J.Com. 1999, p. 203-204.

ca lipsită de orice efect chiar de la înregistrarea ei. În acest caz, *cauțiunea* va fi folosită pentru a acoperi pagubele suferite de debitor, pentru introducerea cu *rea-credință* a unei astfel de cereri, conform dispoziției judecătorului-sindic. În cazul achitării, până la închiderea dezbaterilor, a creanței creditorului care a solicitat deschiderea procedurii, judecătorul-sindic va constata rămânerea fără obiect a cererii, cauțiunea depusă fiind restituită în mod corespunzător. Dacă debitorul nu plătește creanța creditorului până la închiderea dezbaterilor, iar judecătorul-sindic stabilește că debitorul este în stare de insolvență, va admite cererea de deschidere a procedurii formulate de acesta și va deschide, prin *sentință*, fie procedura generală a insolvenței, fie procedura simplificată, după caz, situație în care cauțiunea va fi restituită creditorului.

79. O problemă analizată în lucrările de specialitate a fost aceea dacă *judecătorul-sindic* trebuie să dispună în mod expres în hotărârea de deschidere a procedurii că debitorului i se ridică *dreptul de administrare*. Sub imperiul Legii nr. 64/1995, s-a opinat că desemnarea unui *administrator judiciar* nu implică în mod necesar menționarea în hotărâre în ce măsură se va ridica sau nu dreptul de administrare al debitorului^[1]. În sprijinul acestei opinii s-a arătat că dispozițiile art. 50 alin. (3) și (4) prevedeau că „judecătorul-sindic va putea ordona ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului o dată cu desemnarea unui administrator, indicând totodată și condițiile de exercitare a acestuia”, „dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune începerea falimentului”^[2].

Și în reglementarea Legii nr. 85/2006, art. 47 are un conținut asemănător, dispunând următoarele: „(1) Deschiderea procedurii ridică debitorului dreptul de administrare – constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea –, dacă acesta nu și-a declarat, în condițiile art. 28 alin. (1) lit. h) sau, după caz, art. 33 alin. (6), intenția de reorganizare. (2) Cu excepția cazurilor prevăzute expres de lege, prevederile alin. (1) sunt aplicabile și bunurilor pe care debitorul le-ar dobândi ulterior deschiderii procedurii. (3) *Judecătorul-sindic va putea ordona ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului o dată cu desemnarea unui administrator judiciar, indicând totodată și condiția de exercitare a conducerii debitorului de către acesta.* (4) *Dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune începerea falimentului.* (5) Creditorii, comitetul creditorilor ori administratorul judiciar pot oricând adresa judecătorului-sindic o cerere de a se ridica debitorului dreptul de administrare, având ca justificare pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate. (6) Judecătorul-sindic va examina, în termen de 15 zile, cererea prevăzută la alin. (5), într-o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar, comitetul creditorilor și administratorul special. (7) De la data intrării în faliment, debitorul va putea desfășura doar activitățile ce sunt necesare derulării operațiunilor lichidării”.

Aceste prevederi legale sunt preluate aproape identic de art. 85 din Codul insolvenței, care statuează că deschiderea procedurii ridică debitorului dreptul de administrare, constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea dacă acesta nu și-a declarat intenția de reorganizare, în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g), ridicarea dreptului de administrare dispunându-se și în cazul în

^[1] M. Budă, *Riscul falimentului. Procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, Ed. Fundației Meridian, Craiova, 2002, p. 116.

^[2] M.L. Belu Magdo, art. cit., p. 55.

care debitorul nu și-a declarat intenția de reorganizare în termenul prevăzut la art. 74; judecătorul-sindic va putea ordona ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului odată cu desemnarea unui administrator judiciar, indicând, totodată, și condițiile de exercitare a conducerii activității debitorului; dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune deschiderea falimentului; creditorii, comitetul creditorilor ori administratorul judiciar pot oricând adresa judecătorului-sindic o cerere de a se ridica debitorului dreptul de administrare, având ca justificare pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate, judecătorul-sindic urmând să examineze, în termen de 15 zile, această cerere, într-o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar, comitetul creditorilor și *administratorul special*; de la data intrării în faliment, debitorul va putea desfășura doar activitățile ce sunt necesare derulării operațiunilor lichidării. Este evident că soluția anterioară este valabilă și în actuala reglementare.

Față de cele arătate, apreciem că ridicarea dreptului de administrare al debitorului supus procedurii insolvenței, operează: a) de plin drept, prin efectul legii, ca rezultat al deschiderii procedurii, dacă debitorul nu și-a declarat, în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g) – prin declarația anexată cererii adresate tribunalului sau depusă până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic –, intenția de reorganizare, conform unui plan, prin *restructurarea* activității ori prin *lichidarea*, în tot sau în parte, a averii, în vederea stingerii datoriilor sale ori dacă, în condițiile deschiderii procedurii la cererea creditorului conform art. 74, acesta nu își exprimă intenția de a-și reorganiza activitatea; b) de plin drept, ca o consecință a *încheierii* prin care se decide intrarea debitorului în faliment; c) prin hotărârea judecătorului-sindic, dacă acesta ordonă din oficiu ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului odată cu desemnarea administratorului judiciar; d) prin hotărâre a judecătorului-sindic, la cererea creditorilor, a comitetului creditorilor ori a administratorului judiciar, având ca justificare pierderile continue din avere sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate.

Ca atare, doar în ultimele două cazuri considerăm că este necesar ca tribunalul să menționeze în cuprinsul hotărârii pe care o pronunță că persoanei supuse procedurii de insolvență i s-a ridicat, în tot sau în parte, dreptul de administrare – constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea, iar în situația în care ridicarea nu este totală, trebuie să se indice și condiția de exercitare a conducerii debitorului de către *practician*.

80. Nu în ultimul rând, trebuie examinată și situația în care, în primă instanță, *judecătorul-sindic* respinge *cererea de deschidere a procedurii* insolvenței, însă, în calea de atac a apelului, instanța de control judiciar o găsește întemeiată. Odată cu intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, când s-a modificat și *calea de atac* care poate fi exercitată în materie de insolvență împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul-sindic, soluțiile instanței de control judiciar sunt diferite, după cum urmează:

a) *apelul* poate fi respins, anulat ori constatat a fi perimat, cu consecința păstrării hotărârii atacate – art. 480 alin. (1) NCPC;

b) *apelul* declarat de creditorii este admis și, constatându-se faptul că tribunalul a soluționat cauza pe o excepție care nu era fondată ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, hotărârea atacată este anulată, iar instanța de apel va judeca procesul, evocând fondul. Cauza se va trimite spre rejudecare primei instanțe, prin

judecător-sindic, o singură dată, în cazul în care părțile au solicitat expres luarea acestei măsuri prin cererea de apel ori prin întâmpinare, în temeiul art. 480 alin. (3) NCPCL^[1];

c) dacă instanța de apel stabilește că prima instanță a fost incompetentă, iar necompetența a fost invocată în condițiile legii, va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre judecare tribunalului competent – art. 480 alin. (4) NCPCL;

d) dacă se constată că soluția tribunalului este greșită, soluția procedurală legală este aceea a admiterii apelului, anulării hotărârii primei instanțe și trimiterii cauzei aceluiași tribunal, cu mențiunea de a declanșa procedura judiciară concursuală. Soluția pe care instanța de control judiciar o poate pronunța în situația admiterii apelului împotriva hotărârii de respingere a cererii de deschidere a procedurii, care implică trimiterea, față de specificul procedurii de a fi, prin lege, succesivă, este aceea de *anulare a sentinței* primei instanțe și trimiterea cauzei aceluiași tribunal.

Conform art. 43 alin. (7) din Codul insolvenței, Curtea de apel investită cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând apelul, va anula hotărârea și va trimite cauza judecătorului-sindic, pentru deschiderea procedurii insolvenței. Avem rezerve asupra acestei soluții, care face abstracție de momentul intervenirii efectelor deschiderii procedurii insolvenței și de rapiditatea cu care aceste efecte trebuie să se manifeste, raportat la instalarea stării de insolvență. Considerăm că manifestarea efectelor deschiderii procedurii insolvenței trebuie să se producă la o *distanță cât mai mică* în timp față de instalarea insolvenței și de momentul înregistrării cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

Această împrejurare a momentului deschiderii procedurii insolvenței a constituit și în trecut, în perioada de aplicare a Legii nr. 85/2006, o problemă controversată în practica judiciară. În general, dacă o instanță de control judiciar apreciază că apelul/recursul declarat de partea interesată împotriva hotărârii instanței inferioare este fondat și prin respingerea cererii de chemare în judecată s-a făcut o greșită aplicare a legii, apelul/recursul va fi admis, iar hotărârea atacată va fi schimbată/modificată, în tot sau în parte, după caz, în sensul admiterii integrale ori numai parțiale a acțiunii introductive.

Totuși, situația este puțin diferită în materia insolvenței, dat fiind caracterul acestei proceduri speciale. În practică, până la publicarea Deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 5/2011^[2], s-au adoptat două soluții:

1) instanța de recurs, admitând calea de atac, casează hotărârea judecătorului-sindic și trimite cauza spre rejudecare tribunalului, cu indicația expresă de a dispune deschiderea procedurii insolvenței^[3];

^[1] Potrivit acestui text, „În cazul în care se constată că, în mod greșit, prima instanță a soluționat procesul fără a intra în judecata fondului ori judecata s-a făcut în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va judeca procesul, evocând fondul. Cu toate acestea, instanța de apel va anula hotărârea atacată și va trimite cauza spre rejudecare primei instanțe sau altei instanțe egale în grad cu aceasta din aceeași circumscripție, în cazul în care părțile au solicitat în mod expres luarea acestei măsuri prin cererea de apel ori prin întâmpinare; trimiterea spre rejudecare poate fi dispusă o singură dată în cursul procesului. Dezlegarea dată problemelor de drept de către instanța de apel, precum și necesitatea administrării unor probe sunt obligatorii pentru judecătorii fondului”.

^[2] Decizia, pronunțată în soluționarea unui recurs în interesul legii, a fost publicată în M. Of. nr. 350 din 19 mai 2011.

^[3] C.A. Suceava, dec. nr. 1083 din 6 septembrie 2007, nepublicată, *apud* M. Galan, Efectele admiterii recursului împotriva hotărârii prin care judecătorul-sindic respinge cererea de deschidere a procedurii insolvenței, în R.D.C. nr. 4/2008, p. 69, nota 9; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 377 din 27 martie 2007, în B.J. C.P.J. 2007, p. 331-334; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 1896 din 3 octombrie 2005, în B.J. C.P.J. 2005, Ed. Lumina Lex,

2) instanța de control judiciar, admitând recursul creditorilor, modifică hotărârea atacată în sensul respingerii contestației debitorului (dacă în cauză s-a formulat o astfel de contestație) și admiterii cererii creditorilor, cu consecința deschiderii procedurii insolvenței, și abia ulterior trimite dosarul tribunalului, prin judecător-sindic, în vederea luării măsurilor corespunzătoare^[1].

81. Literatura de specialitate a evocat câteva dintre argumentele care pot susține cele două soluții jurisprudențiale, sintetizându-le după cum urmează^[2]:

a) *casarea hotărârii tribunalului*, cu consecința trimiterii cauzei la aceeași instanță în vederea deschiderii procedurii, se fundamentează pe caracterul derogator de la dreptul comun al procedurii insolvenței și, cu precădere, pe dispozițiile art. 11 din Legea nr. 85/2006, modificată, care statuează expres că declanșarea procedurii reglementate de acest act normativ este atribuția *judecătorului-sindic*;

b) în schimb, *modificarea sentinței tribunalului*, cu consecința deschiderii procedurii insolvenței de către instanța de recurs, pornește de la împrejurarea că legiuitorul nu a derogat de la dreptul comun în ceea ce privește soluțiile pe care le poate pronunța curtea de apel, ca instanță de ultim grad, în această materie; dacă legiuitorul ar fi dorit să permită ca un caz de modificare să conducă la casarea hotărârii, el putea să o facă, așa cum a reglementat această cale de atac și în materia contenciosului administrativ^[3]; neexistând dispoziții legale derogatorii de la Codul de procedură civilă, în prezența unui motiv de modificare a sentinței tribunalului, instanța de recurs este obligată de însuși sensul literal al normei juridice să pronunțe o soluție diferită de cea dată de judecătorul-sindic; or, dacă acesta din urmă, investit fiind de către creditorii cu o *cerere de deschidere a procedurii* insolvenței, în mod greșit a dispus respingerea acțiunii, este în firescul lucrurilor ca instanța de control judiciar, admitând recursul în unul dintre cele patru cazuri prevăzute de art. 304 pct. 6-9 CPC 1865, trebuie să modifice hotărârea atacată și să declanșeze *procedura colectivă*; mai mult decât atât, mergând pe argumentația potrivit căreia doar judecătorul-sindic poate dispune deschiderea procedurii reglementate de Legea nr. 85/2006, consecvența rațională ar conduce la concluzia că instanța de recurs, admitând calea de atac, ar trebui să trimită cauza aceluiași tribunal și atunci când apreciază că în mod greșit s-a respins cererea de numire a *practicianului*, cea de anulare a unor *acte frauduloase* încheiate de debitor în dauna creditorilor săi, cea de atragere a răspunderii patrimoniale a organelor de conducere și/sau de supraveghere din cadrul societății debitoare etc., întrucât, potrivit art. 11 din legea-cadru, toate aceste atribuții aparțin în exclusivitate judecătorului-sindic; totuși, asemenea soluții, care neagă

București, 2006, p. 272-273; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 113 din 17 martie 2004, în B.J. C.P.J. 2004, Ed. Lumina Lex, București, 2004, p. 258-259; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 649 din 15 decembrie 2004, în B.J. C.P.J. 2004, p. 260-261; C.A. București, dec. com. nr. 1848 din 20 noiembrie 2007, nepublicată.

^[1] C.A. Suceava, dec. nr. 302 din 29 martie 2007 și nr. 1323 din 4 octombrie 2007, ambele nepublicate, *apud M. Galan*, op. cit., p. 69, nota 10; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 754 din 30 septembrie 2008, nepublicată; C.A. București, dec. com. nr. 1542 R din 26 octombrie 2007, nepublicată; C.A. Constanța, s. com., mar. și fluv., cont. adm. și fisc., dec. nr. 2037/COM din 24 octombrie 2007, în B.C.A. nr. 1/2008, p. 19.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea *M. Galan*, op. cit., p. 70-72.

^[3] Potrivit alin. (3) al art. 20 din Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ (M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004), așa cum a fost ea modificată prin Legea nr. 262/2007 (M. Of. nr. 510 din 30 iulie 2007), „în cazul admiterii recursului, instanța de recurs, modificând sau casând sentința, va rejudeca litigiul în fond, dacă nu sunt motive de casare cu trimitere. Când hotărârea primei instanțe a fost pronunțată fără a se judeca fondul, cauza se va trimite, o singură dată, la această instanță”.

înseși rațiunile instituirii instanțelor superioare, nu au fost întâlnite în practică^[1] și nu sunt susținute nici de cei care opinează în sensul imposibilității deschiderii procedurii insolvenței de către curtea de apel.

Instanța supremă a reținut că „deschiderea procedurii generale a insolvenței este de atributul și în competența *exclusivă* a judecătorului-sindic, conform art. 11 alin. (1) lit. a) din legea insolvenței, iar, pe de altă parte, hotărârea de deschidere a procedurii cuprinde dispoziții și comunicări realizabile în termene legale scurte, are un caracter unitar și nu poate fi partajată între instanța de recurs și judecătorul-sindic”.

Considerăm că soluția instanței supreme, atât față de prevederile legii atunci în vigoare, cât și față de prevederile actuale ale Codului insolvenței, nu este însă la adăpostul oricăror critici. Astfel, din perspectiva momentului de la care *efectele deschiderii insolvenței* se produc, considerăm că interpretarea dată de instanța supremă duce la instituirea unei perioade nepermis de mari între momentul în care instanța de recurs constată că cererea de deschidere a procedurii insolvenței este fondată și ar fi trebuit admisă de judecătorul-sindic și momentul în care procedura insolvenței este efectiv deschisă de către judecătorul-sindic, în urma casării, moment în care efectele deschiderii procedurii se produc.

De faptul deschiderii procedurii insolvenței se leagă, după cum vom vedea, pe larg, o serie de efecte cu un impact major asupra *dreptului de administrare*, asupra averii debitorului și asupra drepturilor creditorilor.

Este cunoscut, din practică, faptul că de la pronunțarea unei hotărâri judecătorești și până la redactarea considerentelor acesteia curge o anumită perioadă de timp. Pe lângă această perioadă de timp, mai există o perioadă cuprinsă între trimiterea cauzei la judecătorul-sindic și pronunțarea de către acesta din urmă a soluției de deschidere efectivă a procedurii insolvenței. O asemenea perioadă poate fi de o durată considerabilă, pe parcursul căreia efectele deschiderii procedurii insolvenței nu se produc, deși instanța de apel a hotărât în mod irevocabil că sunt întrunite toate condițiile pentru deschiderea procedurii. În toată această perioadă, averea creditoarei nu este protejată, întrucât poate fi încă supusă la *urmăriri individuale* ale creditorilor, iar curgerea accesoriilor creanțelor împotriva debitoarei nu este stopată. De asemenea, în condițiile în care dreptul de administrare al debitoarei este încă menținut, există și riscul risipirii averii sale, cu consecințe directe și nefaste pentru viitoarea *masă credală*.

Codul insolvenței menține însă orientarea stabilită prin Decizia I.C.C.J. nr. 5/2011, stipulând, la art. 43 alin. (7): „Curtea de apel investită cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând apelul, va anula hotărârea și va trimite cauza judecătorului-sindic, pentru deschiderea procedurii insolvenței”.

^[1] A se vedea, în acest sens, C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 47/R/COM din 24 ianuarie 2008, în B.C.A. nr. 2/2008, p. 37-39; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 537/R din 14 mai 2007, în B.J. 2007, p. 345-350; C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 259 din 20 aprilie 2005, în B.J. C.P.J. 2005, op. cit., p. 262-264.

Secțiunea a 7-a. Procedura simplificată și procedura generală

§1. Aspecte prealabile. Delimitarea procedurii generale de procedura simplificată

82. Una dintre condițiile dobândirii statutului de economie de piață funcțională a României a fost și îmbunătățirea cadrului legislativ în materie de insolvență, în sensul accelerării și, totodată, al simplificării procedurilor judiciare de *executare colectivă*.

În acest sens, vechea Lege nr. 64/1995 a suferit numeroase modificări, care au urmărit accelerarea desfășurării procedurii *reorganizării judiciare* și a *falimentului*, prin eliminarea procedurilor de *executare silită paralele* și prin înăsprirea condițiilor de aprobare și confirmare a unui *plan de reorganizare*^[1].

Apariția mai multor acte normative care au urmărit facilitarea operațiunilor legate de începerea unei activități comerciale atât prin simplificarea formalităților legale necesare pentru desfășurarea activităților economice de către persoane fizice^[2], cât și prin simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice autorizate, a întreprinderilor individuale, a întreprinderilor familiale și a persoanelor juridice, la înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice^[3] a avut drept consecință imediată creșterea numărului celor care au dorit să înceapă o afacere, adică să producă sau să distribuie mărfuri ori să execute anumite lucrări sau să presteze diverse servicii în scopul obținerii unui profit. În consecință, și sfera subiecților de drept care pot intra sub incidența procedurii de executare colectivă s-a lărgit în mod considerabil.

Totuși, dat fiind faptul că fenomenul de creștere explozivă a numărului acestor entități nu a fost însoțit, așa cum s-a preconizat, de o creștere economică pe măsură, conformându-se constatărilor și recomandărilor Băncii Mondiale, legislația insolvenței a marcat o nouă reformă care se caracterizează, printre altele, și prin răspunsul corect la imperativele etapei: facilitării intrării pe piață să îi corespundă o simplificare a ieșirii de pe piață a acelor care nu înregistrează performanțe economice^[4].

Pentru prima dată, în legislația română, prin Legea nr. 85/2006 a fost introdusă, pe lângă *procedura generală*, *procedura simplificată*, acest ultim tip de procedură înscriindu-se pe linia reglementărilor franceze în materie și reprezentând influența exercitată de Legile nr. 85-98 din 25 ianuarie 1985 privind redresarea și lichidarea judiciară a întreprinderilor

^[1] S.M. Miloș, *Procedura simplificată*, în Phoenix nr. 16-17/2006, p. 39.

^[2] A se vedea O.U.G. nr. 44/2008 privind desfășurarea activităților economice de către persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și întreprinderile familiale (M. Of. nr. 328 din 25 aprilie 2008), care a abrogat Legea nr. 300/2004 privind autorizarea persoanelor fizice și a asociațiilor familiale care desfășoară activități economice în mod independent (M. Of. nr. 576 din 29 iunie 2004), noul act normativ instituind o „procedură unică” de autorizare și înregistrare a persoanelor fizice care doresc să desfășoare orice formă de activitate economică permisă de lege, folosind, în principal, forța lor de muncă.

^[3] În acest sens, a se vedea Legea nr. 359/2004 privind simplificarea formalităților la înregistrarea în registrul comerțului a persoanelor fizice, asociațiilor familiale și persoanelor juridice, înregistrarea fiscală a acestora, precum și la autorizarea funcționării persoanelor juridice (M. Of. nr. 839 din 13 septembrie 2004), care a abrogat O.U.G. nr. 76/2001 privind simplificarea unor formalități administrative pentru înregistrarea și autorizarea funcționării comercianților (M. Of. nr. 283 din 31 mai 2001), aprobată prin Legea nr. 370/2002 (M. Of. nr. 406 din 12 iunie 2002), republicată, cu toate modificările și completările ulterioare, în M. Of. nr. 413 din 14 iunie 2002.

^[4] I. Turcu, M. Stan, art. cit., p. 10.

și nr. 85-99 din 25 ianuarie 1985 privind *administratorii judiciari*, mandatarii lichidatori și experții în diagnosticarea întreprinderilor^[1].

Așa cum se întâmplă în mai toate țările lumii, și în România reorganizările reușite reprezintă, statistic vorbind, o cifră insignifiantă, în raport cu numărul total al procedurilor colective deschise, motiv pentru care s-a ajuns la concluzia că este inutil să se permită derularea procedurii insolvenței, o perioadă de timp destul de lungă, pentru a se ajunge la același rezultat: procedura reorganizării judiciare se sfârșește cu un eșec lamentabil al planului de reorganizare propus, în majoritatea cazurilor, de către debitor, astfel că, în cele din urmă, singura șansă de recuperare, într-o oarecare măsură, a creanțelor declarate la *masa credală*, este falimentul, adică *lichidarea averii debitorului falit* pentru acoperirea pasivului, urmată de radierea acestuia din registrul în care este înmatriculat.

Pe de altă parte, de multe ori costurile derulării acestei etape a procedurii erau suportate nu din averea debitorului, ci din fondul de lichidare, consumul neproductiv pentru creditori și societate, în general, fiind amplificat prin pierderile generate și acumulate în această perioadă nerealistă de pretinsă redresare.

Nu în ultimul rând, reglementarea unei proceduri simplificate a răspuns necesității de gestionare operativă a numărului foarte mare de dosare având ca debitori entități cu activitate redusă sau chiar inexistentă, cu *active derizorii* ori *lipsă*, fără evidențe contabile, cu sedii fictive sau fără administratori de găsit, care frânau procedurile relevante și consumau mari resurse financiare, umane și de timp, fără vreun rezultat satisfăcător^[2].

83. Este de netăgăduit faptul că, pentru a putea accede la un *plan viabil de reorganizare* a activității, este imperios necesar ca debitorul să aibă o anumită talie (anvergură), având în vedere complexitatea și volumul lucrărilor necesare întocmirii unui proiect fezabil.

Întrucât s-a ajuns la concluzia că peste 90% dintre societățile susceptibile de a intra sub incidența legislației insolvenței sunt întreprinderi mici și foarte mici, această categorie de persoane juridice deținând o pondere importantă, de circa 2/3 din totalul subiecților înregistrați în registrul comerțului, și că la nivel național mai mult de jumătate din firmele constituite se află în procedura de *lichidare judiciară*, unii autori au propus ca în categoria subiecților *procedurii simplificate* să fie cuprinse și societățile care îndeplinesc două dintre următoarele criterii: a) cifra de afaceri mai mică de o anumită sumă; b) valoarea activelor mai mică de un anumit nivel; c) numărul de salariați sub un anumit nivel^[3]. S-a considerat că cifra de afaceri și una dintre celelalte două condiții care conduc la un anumit nivel al afacerii (sau este vorba despre o societate cu angajați puțini și active perfecționate ori invers) ar constitui un „tandem” logic și rațional, care să excludă acea entitate de la beneficiul *reorganizării*, dacă sunt sub un anumit nivel.

Prin Legea nr. 85/2006, în acord cu recomandările cuprinse în raportul întocmit în anul 2004 cu privire la progresele înregistrate de România în procesul de aderare la Uniunea Europeană, raport prin care Comisia Europeană a concluzionat că sistemul nostru legislativ nu prevede mecanisme adecvate și eficiente pentru ieșirea de pe piață a operatorilor economici, autoritățile statului român, urmărind alinierea reglementărilor interne în materie de insolvență cu *acquis-ul* comunitar, au considerat necesar să implementeze noi măsuri simplificate în vederea asanării mediului economic, prin eliminarea cât mai

[1] A. Miff, Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective, în R.R.D.A. nr. 1/2007, p. 52.

[2] I. Turcu, Legea procedurii insolvenței (...), p. 24.

[3] R. Bufan, Cum ar trebui să arate procedura simplificată?, în Phoenix nr. 16-17/2006, p. 42.

rapidă de pe piață a acelor entități care nu pot face față concurenței naționale și, cu atât mai mult, unei piețe unice europene.

Deși, în practică, au existat și înainte de apariția Legii nr. 85/2006, cazuri în care instanțele de judecată au pronunțat hotărâri de deschidere directă a procedurii *falimentului* față de un debitor chemat în judecată, fără a mai parcurge *perioada de observație* (de exemplu, *deschiderea procedurii* la cererea debitorului care își arată intenția de a intra în faliment sau declanșarea procedurii față de societățile dizolvate anterior formulării cererii introductive ori în situația în care debitorul a mai fost supus procedurii de *reorganizare judiciară* în ultimii 5 ani precedenți), nu era reglementată, ca atare, o procedură simplificată^[1].

Trăsătura definitorie a procedurii simplificate a insolvenței rezultă din chiar denumirea acesteia: simplificarea (ușurarea) circuitului care trebuia parcurs sub imperiul legislației insolvenței, eliminând din acest circuit posibilitatea acordată debitorului de a încerca, în mod inutil și cu un rezultat negativ previzibil încă de la început, reorganizarea judiciară a activității sale, în scopul accelerării procesului de *lichidare* a bunurilor care compun averea *falitului*, cu consecința radierii acestuia din registrul în care este înmatriculat^[2].

Delimitarea celor două instituții juridice presupune, în primul rând, cunoașterea conceptelor în cauză și, mai apoi, semnalarea asemănărilor și a deosebirilor de regim juridic dintre ele.

Legea insolvenței instituie în cadrul procedurii speciale pe care o reglementează două regimuri juridice distincte – procedura generală și procedura simplificată –, care, amândouă, urmăresc același scop, enunțat de art. 2 (acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență prin instituirea unei *proceduri colective*), în cadrul uneia dintre modalitățile concrete: reorganizarea judiciară sau, după caz, *falimentul*.

În concepția legii, starea de insolvență care caracterizează patrimoniul debitorului apt să intre sub incidența procedurii concursuale, în oricare dintre cele două regimuri menționate, are două componente: *insolvență vădită* (presumată) și *insolvență iminentă*, care, deopotrivă, conduc la aplicarea acestei proceduri judiciare^[3]. Patrimoniul debitorului supus procedurii trebuie să se găsească în stare de insolvență, aceasta fiind presumată în cazul în care debitorul nu a plătit datoria sa unuia sau mai multor creditori în 60 de zile de la data scadenței, ori trebuie să se afle în stare de insolvență iminentă, dacă se dovedește, cu mijloacele de probă admise de lege, că la momentul exigibilității datoriei acesta nu va putea onora plățile cu fondurile bănești disponibile la data scadenței.

84. Sfera participanților la procedura insolvenței, în ambele forme – *generală* sau *simplificată* –, care concură la realizarea scopului pentru care a fost inițiată procedura de *executare colectivă*, înglobează, în genere, aceleași persoane: debitorul, subiect pasiv al procedurii insolvenței; *masa credală*, cu cele două structuri reprezentative – *adunarea creditorilor și comitetul creditorilor*; *administratorul special și practicianul în insolvență* (care, după caz, este *administratorul judiciar* sau *lichidatorul judiciar*).

În ipoteza cererii introductive promovate de creditori, *judecătorul-sindic* poate desemna un administrator judiciar, excepție făcând situația în care debitorul se încadrează

^[1] M. Comșa, Procedura simplificată. Elemente de noutate în Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în Dreptul nr. 10/2006, p. 35.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, Câteva considerații referitoare la procedura simplificată în lumina Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 3/2007, p. 21.

^[3] A. Miff, art. cit., p. 60.

în dispozițiile art. 38 alin. (2), numirea directă a unui lichidator judiciar având loc, de regulă, în cazul în care procedura colectivă a fost deschisă la cererea debitorului care și-a declarat intenția de a fi supus procedurii *falimentului*. În alte ipoteze, administratorul judiciar desemnat provizoriu poate fi convertit în lichidator judiciar, la solicitarea creditorilor.

Ca trăsături de distincție între cele două forme ale procedurii de insolvență, în literatura juridică^[1] se menționează următoarele:

a) procedura generală se aplică debitorilor prevăzuți de art. 38 alin. (1), în timp ce procedura simplificată se aplică debitorilor enumerați de alin. (2) al aceluiași text de lege;

b) în cadrul procedurii generale, debitorul poate intra succesiv în *reorganizare judiciară* și apoi în faliment sau, separat, numai într-una dintre acestea, în timp ce în procedura simplificată debitorul intră direct în faliment;

c) în procedura generală trecerea unei *perioade de observație* este obligatorie în toate cazurile, pe când în procedura simplificată este posibil ca debitorul să nu treacă printr-o asemenea perioadă, ci, odată cu deschiderea *procedurii colective*, să intre direct în faliment^[2];

d) în procedura simplificată activitatea debitorului se reduce la închiderea controlată a afacerii și la eventualele *acte de conservare* a patrimoniului, în timp ce în procedura generală debitorul are posibilitatea de a desfășura *activități curente*^[3];

e) chiar dacă întreaga procedură a insolvenței se caracterizează prin efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de lege, în procedura generală *principiul celerității* este mai puțin pregnant decât în procedura simplificată, care a fost concepută pe un asemenea principiu;

f) într-o logică juridică elementară, procedura generală constituie regula în materie de insolvență, pe când procedura simplificată reprezintă excepția de la această regulă^[4].

§2. Definiția și trăsăturile juridice ale procedurii simplificate

85. Punctul 47 al art. 5 din Codul insolvenței prevede că „*procedura simplificată* reprezintă procedura de insolvență prevăzută de prezenta lege, prin care debitorul care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (2) intră direct în procedura *falimentului*, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o *perioadă de observație* de maximum 20 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d)”.

^[1] I. Adam, C.N. Savu, art. cit., p. 25-26; autorii mai consideră că, în timp ce procedura generală se aplică debitorilor care se află în stare de insolvență prezumată, fie în stare de insolvență iminentă, fie în stare de insolvență prematură, procedura simplificată se aplică debitorilor care se află numai în stare de insolvență prezumată.

^[2] Totuși, aceiași autori susțin că în procedura simplificată nu există perioadă de observație – I. Adam, C.N. Savu, art. cit., p. 26.

^[3] În conformitate cu pct. 2 al art. 5 din Codul insolvenței, „reprezintă acele activități de producție, comerț sau prestări de servicii și operațiuni financiare, propuse a fi efectuate de debitor în perioada de observație și în perioada de reorganizare, în cursul normal al activității sale, cum ar fi: a) continuarea activităților contractate și încheierea de noi contracte, conform obiectului de activitate; b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora; c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente”.

^[4] A se vedea, în același sens, A.M. Lupulescu, op. cit., Reorganizarea societăților comerciale în contextul integrării europene. Strategii și cadru juridic, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2008, p. 240.

Conform art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței, „procedura simplificată prevăzută de prezentul capitol se aplică debitorilor aflați în stare de insolvență care se încadrează în una dintre următoarele categorii: a) *profesioniști* persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită *profesii liberale*; b) *întreprinderi familiale*, membrii întreprinderii familiale; c) debitori care fac parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții: 1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor; 2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; 3. administratorul nu poate fi găsit; 4. sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului; d) persoane juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive, chiar dacă *lichidatorul judiciar* nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului; e) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment; f) orice persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate; aplicarea prezentei legi față de aceste persoane nu exclude sancțiunile aplicabile pentru lipsa autorizării sau înregistrării respectivei persoane”.

În literatura de specialitate s-a arătat că procedura simplificată, care reprezintă „centrul universului juridic al procedurii insolvenței”, se înfățișează ca un mijloc rapid, simplu și eficient la îndemâna actorilor care dirijează procedura insolvenței, pentru a valorifica la maximum averea debitorului *falit*, realizându-se, în acest scop, finalitatea legii prin îndestularea, în limitele valorificării, a creditorilor^[1]. Totuși, prin scurtarea ciclurilor juridice specifice și eliminarea posibilității reorganizării activității debitorului, cu consecința intrării acestuia direct în faliment, nu trebuie să se înțeleagă că actuala concepție legislativă are la bază ideea suprimării agentului economic, legiuitorul urmărind implementarea nu numai a unei sancțiuni, ci și a unui *drept de opțiune*, conferind debitorului posibilitatea de a-și alege conduita juridică: *reorganizare judiciară* sau faliment^[2].

Din analiza definiției legale se poate constata cu ușurință că procedura simplificată presupune cu necesitate îndeplinirea condițiilor prevăzute de art. 38 alin. (2) și are drept consecință directă intrarea debitorilor în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă scurtă de observație, de maximum 20 de zile, perioadă în care organele care aplică *procedura colectivă* vor analiza elementele prevăzute de art. 38 alin. (2) lit. c) și d) din Codul insolvenței.

Norma cuprinsă în art. 5 pct. 47 conține definiția legală a unei instituții juridice – procedura simplificată a insolvenței –, care trebuie să acopere toate situațiile de fapt posibile, pentru a nu exista vreo omisiune juridică ce ar putea da naștere la o interpretare diferită din partea practicienilor dreptului și, implicit, la o diversitate nepermisă a soluțiilor instanțelor judecătorești față de debutul noii proceduri de *executare colectivă*.

Cum se pot întâlni destule cazuri în care *judecătorul-sindic* investit cu soluționarea unei *cereri de deschidere a procedurii insolvenței* nu poate dispune, la momentul pronunțării hotărârii inițiale, de toate informațiile necesare pentru a clarifica, încă de la început, destinul debitorului supus procedurii insolvenței, s-a considerat necesar să se reglementeze, în ambele variante ale procedurii, o perioadă inițială de observație, perioadă în care *administratorul judiciar*, în urma analizei situației de fapt a debitorului, va propune fie intrarea în procedura simplificată, atunci când profesioniștii persoane juridi-

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. V și VI.

[2] *Idem*, p. VI.

ce îndeplinesc una dintre următoarele condiții: 1) nu dețin niciun bun în patrimoniul lor; 2) actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; 3) administratorul nu poate fi găsit; 4) sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului sau debitorii au fost anterior dizolvați voluntar, fie continuarea perioadei de observație din *procedura generală*, conform art. 92 alin. (1) din Codul insolvenței.

86. Cu toate acestea, în scopul reducerii la maximum a duratei de desfășurare a procedurii insolvenței, în *procedura simplificată* legiuitorul a prevăzut posibilitatea sumării acestei perioade de observație prin trecerea direct la *faliment* în toate acele situații în care *judecătorul-sindic* are, încă de la data pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii, toate informațiile necesare pentru a constata că debitorul se încadrează într-una dintre categoriile prevăzute la alin. (2) al art. 38, respectiv: este un *profesionist* persoană fizică, supus obligației de înregistrare în registrul comerțului; este o *întreprindere familială*; este un profesionist care face parte din categoriile prevăzute la alin. (1) și îndeplinește una dintre condițiile cerute de lege (nu deține niciun bun în patrimoniul său; actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite; administratorul nu poate fi găsit; sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului); este o persoană juridică dizolvată voluntar, judiciar sau de drept anterior formulării cererii introductive; debitorul și-a declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment; este o altă persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate.

Așadar, *perioada de observație*, la care face referire art. 5 pct. 47 din Codul insolvenței, nu este specifică procedurii simplificate, ci numai *procedurii generale*, însă, cu particularitatea că, deschizând procedura insolvenței, judecătorul-sindic, neavând suficiente elemente din care să tragă concluzia fermă că debitorul supus procedurii insolvenței se încadrează în categoriile de la art. 38 alin. (2) lit. c) și d), deschide provizoriu procedura generală și imediat acestui moment, în conformitate cu art. 92, în 20 de zile de la desemnarea sa, *administratorul judiciar* urmează să facă verificările de rigoare și să întocmească un raport în care să arate, printre altele, dacă sunt îndeplinite cerințele de la art. 38 alin. (2) lit. c) și d) și, în consecință, să propună intrarea în procedura simplificată din procedura generală care era deschisă în acel moment^[1].

Spre deosebire de Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței nu mai prevede că, atunci când se respinge contestația debitorului la cererea de deschidere a procedurii insolvenței, formulată de creditor, se deschide doar procedura generală, ci lasă această soluție la aprecierea judecătorului-sindic, care va pronunța fie deschiderea procedurii generale, fie deschiderea procedurii simplificate, după distincțiile prevăzute de art. 38 din Codul insolvenței. Astfel, conform art. 72 alin. (6) din Codul insolvenței, „dacă debitorul nu plătește creanța creditorului până la închiderea dezbaterilor, iar judecătorul-sindic stabilește că debitorul este în stare de insolvență, va admite cererea de deschidere a procedurii formulate de acesta și va deschide, prin *sentință*, fie procedura generală a insolvenței, fie procedura simplificată, după caz (...)”.

Doctrina^[2] a conchis că din definiția legală a procedurii simplificate se pot desprinde următoarele *trăsături juridice* specifice ale acestei noi instituții în peisajul juridic românesc:

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 54.

[2] I. Adam, C.N. Savu, art. cit., p. 25.

a) procedura simplificată este o procedură rapidă, rapiditate conferită de faptul că debitorul căruia i se aplică intră doar în procedura falimentului;

b) procedura simplificată este mult mai simplă decât procedura generală, având în vedere că, nepresupunând *reorganizarea judiciară*, se evită conceperea planului de redresare, propunerea, acceptarea și confirmarea acestuia;

c) procedura simplificată se aplică numai anumitor categorii de debitori, expres prevăzute de lege;

d) procedura simplificată îl conduce pe debitor direct în procedura falimentului;

e) procedura simplificată este o procedură specială care are un pronunțat caracter derogatoriu de la procedura generală;

f) procedura simplificată se aplică numai în cazul în care debitorii expres prevăzuți de lege se află în stare de insolvență, nu și în stare de *insolvență iminentă*^[1]; considerăm că, raportat la noile prevederi ale Codului insolvenței, această trăsătură nu se mai poate susține, pentru motivele pe care le vom expune pe larg atunci când vom trata domeniul de aplicare a procedurii simplificate.

La trăsăturile menționate am mai adăuga, pe de o parte, faptul că pentru debitorii persoane fizice acționând individual sau în întreprinderi familiale procedura simplificată este, datorită formei juridice în care aceștia acționează și care nu permite în mod obiectiv redresarea acestor profesioniști printr-un *plan de reorganizare*, unica procedură de insolvență care li se poate aplica, în timp ce pentru celelalte categorii de debitori, astfel cum sunt ei prevăzuți la art. 38 alin. (1) din Lege, procedura simplificată este o alternativă la procedura generală, în funcție de situația de fapt concretă a debitorului. Pe de altă parte, sfera de aplicare a procedurii simplificate, mai precis a debitorilor care intră sub incidența acestei proceduri, este mai largă decât cea a debitorilor care cad sub incidența procedurii generale, pentru că în prima categorie se regăsesc, pe lângă debitorii cărora, potrivit legii, li se aplică numai procedura simplificată, și acei debitori care intră în domeniul de reglementare al procedurii generale și care îndeplinesc condițiile prevăzute de art. 38 alin. 2 lit. c) și d) din Codul insolvenței.

Față de precizările făcute, literatura de specialitate, pe drept cuvânt, a afirmat că procedura simplificată, fără a fi perfectă, era absolut necesară, iar cuvintele-cheie care o definesc sunt celeritate, eficiență, costuri reduse și, nu în ultimul rând, simplitate^[2].

§3. Domeniul de aplicare a procedurii simplificate

87. Domeniul de aplicare a *procedurii simplificate* este conturat de art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței. În perioada de aplicare a Legii nr. 85/2006, s-a spus^[3] că o trăsătură specifică a procedurii simplificate o reprezintă faptul că aceasta se aplică numai debitorilor aflați în stare de insolvență, în sensul că patrimoniul lor se caracterizează prin insuficiența lichidităților pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile, spre deosebire de *procedura generală*, care se poate aplica atât debitorilor aflați în insolvență, cât și celor care se găsesc în *insolvență iminentă*.

Considerăm că, după intrarea în vigoare a Codului insolvenței, nu se mai poate vorbi de o asemenea trăsătură. Astfel, conform art. 66 și art. 67 din Codul insolvenței, numai

^[1] În același sens, a se vedea I.N. Militaru, I. Voica, Considerații teoretice cu privire la insolvență, potrivit Legii nr. 85/2006 – procedura simplificată, în R.D.C. nr. 2/2007, p. 63.

^[2] S.M. Miloș, Procedura simplificată, (...), p. 41.

^[3] I.N. Militaru, I. Voica, art. cit., p. 63.

debitorul, nu și creditorul, poate formula cerere de deschidere a insolvenței pentru situația de insolvență iminentă. Reglementând deschiderea procedurii la cererea debitorului, art. 71 arată că se poate deschide procedura generală sau cea simplificată, fără însă ca aplicarea uneia sau alteia dintre cele două tipuri de procedură să fie legată de forma de *insolvență* (presumată sau iminentă) invocată de debitor în cererea sa introductivă. Așadar, se deschide procedura generală sau simplificată nu în funcție de starea de insolvență presumată sau iminentă, ci în funcție de încadrarea în prevederile art. 38 alin. (2) și după cum debitorul a solicitat să fie supus procedurii simplificate sau a solicitat să fie supus *reorganizării*.

Aplicarea procedurii simplificate presupune îndeplinirea simultană a două condiții, și anume: a) debitorul să se încadreze într-una dintre categoriile enumerate la alin. (2) al art. 38 și b) debitorul să se afle în stare de insolvență.

În primul rând, s-a apreciat că trebuie să fie subiecți ai procedurii simplificate *profesioniștii* care nu dețin niciun bun în patrimoniu [art. 38 alin. (2) lit. c) pct. 1 din Codul insolvenței]^[1]. Patrimoniul este alcătuit din totalitatea drepturilor și obligațiilor cu valoare economică aparținând unui anumit subiect de drept.

În ceea ce privește *societățile constituite în condițiile Legii nr. 31/1990*, republicate, cu modificările ulterioare, bunurile care fac parte din patrimoniul acestor persoane juridice pot fi atât aduse ca aport în natură, în conformitate cu art. 16 din lege, cât și dobândite de societate pe parcursul funcționării, în scopul facilitării desfășurării activității comerciale^[2]. În lipsă de stipulație contrară, bunurile constituite ca aport în societate devin proprietatea acesteia din momentul înmatriculării ei în registrul comerțului [art. 65 alin. (1) din Legea nr. 31/1990]. Patrimoniul societății cuprinde, așadar, activul și pasivul social, care sunt evidențiate în bilanțul contabil al acelei societăți.

Dacă o societate se află în stare de insolvență și nu deține niciun bun în patrimoniu, legiuitorul român a considerat că nu se justifică deschiderea procedurii generale (care, oricum, s-ar finaliza cu *falimentul* societății în cauză), pentru că este evident faptul că un asemenea debitor nu va putea să beneficieze, cu șanse de reușită, de un *plan* viabil de *reorganizare*, neavând capacitatea economică și financiară de a-și redresa activitatea (lipsa oricărui bun corporal sau incorporeal ducând la *prezumția* că acea societate nu mai poate desfășura activități comerciale și, deci, nu se mai poate reorganiza), redresarea activității economice presupunând cu necesitate existența unor bunuri în patrimoniu, pentru că altfel nu se poate vorbi de întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui plan de reorganizare, care să prevadă, împreună sau separat: a) *restructurarea operațională și/sau financiară* a debitorului; b) *restructurarea corporativă* prin modifi-

^[1] În mod just doctrina a observat că, în realitate, această situație reprezintă mai mult starea de insolvabilitate decât de insolvență, arătând că procedura simplificată se aplică și pentru cazul insolvenței, și nu doar al insolvenței debitorului – St.D. Cărpănuș, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 20.

^[2] Potrivit art. 16 din Legea societăților, „(1) Aporturile în numerar sunt obligatorii la constituirea oricărei forme de societate. (2) Aporturile în natură trebuie să fie evaluabile din punct de vedere economic. Ele sunt admise la toate formele de societate și sunt vărsate prin transferarea drepturilor corespunzătoare și prin predarea efectivă către societate a bunurilor aflate în stare de utilizare. (3) Aporturile în creanțe au regimul juridic al aporturilor în natură, nefiind admise la societățile pe acțiuni care se constituie prin subscripție publică și nici la societățile în comandită pe acțiuni și societățile cu răspundere limitată. Aporturile în creanțe sunt liberate, potrivit art. 84. (4) Prestațiile în muncă sau servicii nu pot constitui aport la formarea ori la majorarea capitalului social. (5) Asociații în societatea în nume colectiv și asociații comanditați se pot obliga la prestații în muncă cu titlu de aport social, dar care nu pot constitui aport la formarea sau la majorarea capitalului social. În schimbul acestui aport, asociații au dreptul să participe, potrivit actului constitutiv, la împărțirea beneficiilor și a activului social, rămânând, totodată, obligați să participe la pierderi”.

carea structurii de capital social; c) restrângerea activității prin *lichidarea* unor bunuri din averea debitorului, această situație fiind similară și în cazul celorlalte categorii de profesioniști prevăzuți la alin. (1) al art. 38 din Legea nr. 85/2006: *societăți cooperative, organizații cooperatiste și grupuri de interes economic* care desfășoară activități de producție, comerț sau prestări de servicii.

În același timp, patrimoniul social fiind format din totalitatea drepturilor și obligațiilor cu caracter economic care aparțin societății, este distinct de patrimoniile asociațiilor care au constituit respectiva persoană juridică. Ca atare, numai bunurile aduse ca aport de către asociați și cele dobândite de societate pe parcursul desfășurării activității formează gajul general al creditorilor sociali și lipsa acestora duce la imposibilitatea creditorilor de a urmări activele debitorului, singura lor șansă de a mai recupera ceva din datorie fiind asigurată doar prin mecanismele juridice specifice procedurii insolvenței: *anularea transferurilor patrimoniale* făcute de debitor în dauna creditorilor și antrenarea răspunderii personale a membrilor organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății, precum și a oricărei alte persoane care a contribuit la starea de insolvență a debitorului, prin una dintre faptele enumerate de legiuitor. Deși rolul capitalului social este acela de a constitui gajul general al creditorilor societății, în realitate, veritabila *garanție* a acestora o reprezintă *activul social*, ca parte a patrimoniului societății respective^[1].

88. În al doilea rând, nici față de *profesioniștii* ale căror *acte constitutive* sau *documente contabile* nu pot fi găsite [art. 38 alin. (2) lit. c) pct. 2 din Codul insolvenței] nu se impune să se parcurgă *procedura generală*, pentru că lipsa acestor acte și informații esențiale pentru a se putea stabili, de către *practicianul* desemnat de tribunal, cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței și dacă acel debitor mai prezintă sau nu vreo șansă reală de redresare a activității economice face inutilă parcurgerea *perioadei de observație* și, eventual, ulterior, propunerea, întocmirea, aprobarea și confirmarea unui *plan de reorganizare*. Inexistența acestor documente a fost apreciată de legiuitor ca fiind o dovadă relevantă pentru a demonstra lipsa de determinare a debitorului în a se redresa^[2].

Aceasta, întrucât, pe de o parte, profesioniștii persoane juridice au obligația de a păstra actele constitutive (fie că este vorba de contract de societate și/sau statut, fie că este vorba doar de înscrisul unic, denumit act constitutiv^[3]), respectivele documente fi-

[1] În același sens, a se vedea *M. Comșa*, *Procedura simplificată (...)*, p. 38.

[2] Totuși, în doctrină se consideră că lipsa actelor constitutive este o ipoteză greu de imaginat în practică, întrucât o societate are toate actele constitutive la registrul comerțului încă de la înmatriculare, profesioniștii persoane juridice fiind ținute, în vederea înmatriculării, să depună și actul constitutiv întocmit potrivit dispozițiilor Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, act ce va fi păstrat de către O.N.R.C. în mapa corespunzătoare a profesionistului – *B. Ștefănescu*, art. cit., p. 15, nota 20; de asemenea, societățile agricole se înregistrează la judecătoria în baza actelor constitutive depuse, care se păstrează în arhiva instanței, iar autorizația primarului poate fi procurată de la organul administrativ emitent, la fel ca și autorizația dată de directorul oficiului registrului comerțului de pe lângă tribunal, în condițiile art. 11 din O.U.G. nr. 44/2008 – *M. Comșa*, *Procedura simplificată (...)*, p. 39.

[3] În conformitate cu art. 5 din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările ulterioare, „(1) Societatea în nume colectiv sau în comandită simplă se constituie prin contract de societate, iar societatea pe acțiuni, în comandită pe acțiuni sau cu răspundere limitată se constituie prin contract de societate și statut. (2) Societatea cu răspundere limitată se poate constitui și prin actul de voință al unei singure persoane. În acest caz se întocmește numai statutul. (3) Contractul de societate și statutul pot fi încheiate sub forma unui înscris unic, denumit act constitutiv. (4) Când se încheie numai contract de societate sau numai statut, acestea pot fi denumite, de asemenea, act constitutiv. În cuprinsul prezentei legi, denumirea act constitutiv desemnează atât înscrisul unic, cât și contractul de societate și/sau statutul societății. (5) În cazurile în care contractul de societate și

ind fundamentul constituirii oricărei persoane juridice, la baza înființării acestor subiecte colective de drept aflându-se voința asociaților, manifestată în condițiile legii.

Pe de altă parte, una dintre obligațiile legale ale profesioniștilor este aceea de a ține o evidență a activității pe care o desfășoară, această evidență realizându-se prin organizarea și ținerea contabilității activității comerciale. Potrivit legii^[1], orice profesionist este obligat să țină anumite registre de contabilitate în care să consemneze operațiunile cu caracter patrimonial efectuate în cursul exercitării comerțului și să facă recapitularea lor periodică prin întocmirea inventarului și a situației financiare anuale, *registrele contabile* reprezentând principalul instrument de cunoaștere, gestiune și control al patrimoniului profesionistului și al rezultatelor obținute în activitatea desfășurată, numai prin intermediul acestora putându-se exercita un control asupra corectitudinii derulării activității lor economice^[2].

O altă categorie de profesioniști, persoane juridice, care nu pot intra în procedura generală sunt cei la care *administratorul* nu poate fi găsit [art. 38 alin. (2) lit. c) pct. 3 din Codul insolvenței], dispoziția putând fi explicată prin aceea că, atâta timp cât persoanele care au fost desemnate să realizeze administrarea și conducerea societății nu mai pot fi găsite, nu este justificată conferirea vocației pentru a-și redresa activitatea, asociații dând dovadă de lipsă de interes prin faptul că nu au procedat la alegerea unui nou administrator care să se preocupe de soarta juridică și economică a societății, voința socială a oricărei societăți, exprimată de adunarea generală, fiind necesar să fie adusă la îndeplinire prin actele persoanelor sau organelor anume învestite.

Potrivit art. 206, art. 209 și art. 218 NCC, persoana juridică poate avea orice drepturi și obligații civile, afară de acelea care, prin natura lor sau potrivit legii, nu pot aparține decât persoanei fizice, în schimb, persoanele juridice fără scop lucrativ pot avea doar acele drepturi și obligații civile care sunt necesare pentru realizarea scopului stabilit prin lege, actul de constituire sau statut, actul juridic încheiat cu încălcarea acestor dispoziții fiind lovit de nulitate absolută.

Persoana juridică își exercită drepturile și își îndeplinește obligațiile prin organele sale de administrare, de la data constituirii lor. Au calitatea de organe de administrare persoanele fizice sau persoanele juridice care, prin lege, actul de constituire sau statut, sunt desemnate să acționeze, în raporturile cu terții, individual sau colectiv, în numele și pe seama persoanei juridice, raporturile dintre persoana juridică și cei care alcătuiesc organele sale de administrare fiind supuse, prin analogie, regulilor mandatului, dacă nu s-a prevăzut altfel prin lege, actul de constituire sau statut.

statutul constituie acte distincte, acesta din urmă va cuprinde datele de identificare a asociaților și clauze reglementând organizarea, funcționarea și desfășurarea activității societății. (6) Actul constitutiv se încheie sub semnătură privată, se semnează de toți asociații sau, în caz de subscripție publică, de fondatori. Forma autentică a actului constitutiv este obligatorie atunci când: a) printre bunurile subscrise ca aport la capitalul social se află un imobil; b) se constituie o societate în nume colectiv sau în comandită simplă; c) societatea pe acțiuni se constituie prin subscripție publică. (7) Actul constitutiv dobândește dată certă și prin depunerea la oficiul registrului comerțului¹⁷.

^[1] A se vedea, în acest sens, Legea nr. 82/1991 (M. Of. nr. 265 din 27 decembrie 1991), republicată succesiv în: M. Of. nr. 20 din 20 ianuarie 2000, M. Of. nr. 629 din 26 august 2002, M. Of. nr. 48 din 14 ianuarie 2005 și în M. Of. nr. 454 din 18 iunie 2008, O.M.F.P. nr. 3055/2009 (M. Of. nr. 766 și 766 bis din 10 noiembrie 2009), pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene, precum și O.M.F.P. nr. 945/2003 (M. Of. nr. 548 din 30 iulie 2003), pentru aprobarea Instrucțiunilor privind metodologia de calcul al impozitului pe veniturile microîntreprinderilor.

^[2] St.D. Cărpenaru, *Drept comercial român (...)*, ed. a 7-a, p. 107.

Actele juridice făcute de organele de administrare ale persoanei juridice, în limitele puterilor ce le-au fost conferite, sunt actele persoanei juridice înseși. În raporturile cu terții, persoana juridică este angajată prin actele organelor sale, chiar dacă aceste acte depășesc puterea de reprezentare conferită prin actul de constituire sau statut, în afară de cazul în care ea dovedește că terții o cunoșteau la data încheierii actului. Simpla publicare a actului de constituire sau a statutului persoanei juridice nu constituie dovada cunoașterii acestui fapt, iar clauzele sau dispozițiile actului de constituire ori ale statutului, precum și hotărârile organelor statutare ale persoanei juridice care limitează sau largesc puterile conferite exclusiv de lege acestor organe sunt considerate nescrise, chiar dacă au fost publicate.

Ca atare, este evident faptul că persoana juridică ce nu are administrator nu-și poate exercita drepturile și nici nu-și poate asuma obligații civile. Chiar dacă legiuitorul a folosit singularul, este de netăgăduit că *procedura simplificată* se va aplica și în cazul în care există pluralitate de administratori, organizați sau nu în consiliu de administrație, și aceștia nu pot fi găsiți, pentru că din economia prevederilor Legii nr. 31/1990, republicate, cu modificările ulterioare, rezultă că o societate, indiferent de forma ei juridică, poate fi administrată de unul sau mai mulți administratori^[1]. Pe de altă parte, s-a opinat că norma analizată nu trebuie interpretată restrictiv, în sensul că administratorii trebuie să fie declarați morți (conform procedurii reglementate de art. 943-950 NCCP, raportat la art. 49-57 NCC), fiind suficient ca în legătură cu persoana acestora să nu se mai dețină informații actuale^[2].

89. În fine, și *profesioniștii* al căror *sediul social/profesional* nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului vor intra, în caz de insolvență, doar în *procedura simplificată* [art. 38 alin. (2) lit. c) pct. 4 din Codul insolvenței] pentru aceleași considerente sus-menționate, majoritatea acestora fiind „societăți fantomă”, care au fost înființate în cu totul alte scopuri decât cele recunoscute de lege: punerea în comun de către asociați a unor bunuri pentru desfășurarea de activități cu scop lucrativ în vederea realizării și împărțirii profitului rezultat. Sediul este un atribut de identificare a societății, care are menirea să situeze entitatea colectivă în spațiu, în cadrul raporturilor juridice la care aceasta participă. De regulă, sediul social este acolo unde se află centrul de conducere al societății, unde activează organele de deliberare și administrare ale persoanei juridice. Dacă în situația lipsei sediului operează *prezumția* încetării activității comerciale,

^[1] Art. 75 din Legea societăților nr. 31/1990 prevede că „Dreptul de a reprezenta societatea (în nume colectiv – s.n.) aparține fiecărui administrator, afară de stipulație contrară în actul constitutiv”; potrivit art. 88, „Administrația societății în comandită simplă se va încredința unuia sau mai multor asociați comandanți”; în conformitate cu art. 137, „(1) Societatea pe acțiuni este administrată de unul sau mai mulți administratori, numărul acestora fiind totdeauna impar. Când sunt mai mulți administratori, ei constituie un consiliu de administrație. (2) Societățile pe acțiuni ale căror situații financiare anuale fac obiectul unei obligații legale de auditare sunt administrate de cel puțin 3 administratori. (3) Dispozițiile prezentei legi cu privire la consiliul de administrație și care nu privesc sau nu presupun pluralitatea administratorilor se aplică administratorului unic în mod corespunzător”; de asemenea, tot cu privire la societățile pe acțiuni, art. 143 stipulează următoarele: „Consiliul de administrație poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numind pe unul dintre ei director general (...), iar potrivit art. 153, „Prin actul constitutiv se poate stipula că societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și de un consiliu de supraveghere, în conformitate cu prevederile prezentei subsecțiuni (...); în conformitate cu art. 188, „Administrarea societății este încredințată unuia sau mai multor asociați comandanți (...); nu în ultimul rând, art. 197 statuează că „Societatea este administrată de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați, numiți prin actul constitutiv sau de adunarea generală (...).”

^[2] St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca, Noua lege a insolvenței (...), p. 21.

iar deschiderea procedurii simplificate este o consecință firească a acestei stări de fapt, în cazul în care sediul nu mai corespunde adresei înscrise în registrul comerțului debitorul este sancționat pentru nerespectarea formalităților legale de înscriere a mențiunilor obligatorii în acest registru.

Din analiza prevederilor Codului insolvenței se pot deduce situațiile în care *judecătorul-sindic* deschide procedura simplificată:

a) atunci când are loc *intrarea de drept în procedura simplificată*:

– este cazul debitorilor la care nu este posibilă *reorganizarea judiciară*, ca urmare a formei juridice în care aceștia funcționează (profesioniști persoane fizice, acționând individual sau în *întreprinderi familiale*);

– din actele de la dosar reiese că debitorul este în imposibilitate de a beneficia de reorganizare, dat fiind faptul că în ultimii 5 ani, precedenți hotărârii de deschidere a procedurii, persoana juridică în cauză a mai fost supusă unei astfel de proceduri judiciare;

b) la cererea debitorului, dacă acesta îndeplinește una dintre condițiile prevăzute de alin. (1) al art. 71:

– depune declarația de intrare în procedura simplificată fie odată cu cererea introductivă, fie ulterior, în termenul fixat de judecătorul-sindic [art. 67 alin. (2)];

– cu toate că nu depune vreunul dintre documentele prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k) l) și m), iar cererea sa ar trebui respinsă, este evident, încă de la început, faptul că debitorul se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței;

– cu toate că nu depune vreunul dintre documentele prevăzute la art. 67 alin. 1 lit. a)-g), k) l) și m), iar cererea sa ar trebui respinsă, *cererea de deschidere a procedurii* este formulată de *lichidatorul* numit în procedura de *lichidare* prevăzută de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare [art. 67 alin. (2)];

c) la cererea creditorului îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței, dacă din actele de la dosar rezultă că debitorul se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2) sau că este în imposibilitate de a beneficia de procedura de reorganizare judiciară, pentru motivele sus-menționate;

d) la propunerea *practicianului în insolvență*:

– aprobată de creditori și confirmată de judecătorul-sindic care, prin raportul de 20 de zile, constată că debitorul se încadrează în criteriile prevăzute la art. 38 alin. (2), ca o consecință a aprobării prin *sentință*, de către judecătorul-sindic, a propunerii practicianului de intrare a debitorului în *faliment* prin procedura simplificată, după ascultarea creditorilor care au depus cererea introductivă și a debitorului, prin *administratorul special*;

– în cazul în care debitorul este decăzut din dreptul de a propune un *plan de reorganizare*, conform art. 67 alin. (2) teza finală, și nimeni nu a propus un plan de reorganizare.

Deosebirea dintre ipotezele analizate prezintă importanță sub aspectul momentului la care se declanșează procedura simplificată.

90. Astfel, în primul caz, *procedura simplificată* se aplică imediat, odată cu soluționarea cererii introductive, debitorul *profesionist*, persoană fizică, acționând individual sau în *întreprindere familială* neputând fi supus procedurii de *reorganizare judiciară*, ca urmare a formei sale juridice de funcționare. De asemenea, și profesioniștii persoane juridice care au mai formulat o cerere sau au făcut obiectul unei proceduri de *reorganizare* în cei 5 ani anteriori deschiderii procedurii concursuale și care a avut drept rezultat reorganizarea

judiciară a activității acestora, ar trebui să intre direct în procedura *falimentului*, ca urmare a verificării situației respectivului debitor în baza de date a registrului comerțului la care tribunalele au acces gratuit, ca urmare a Protocolului de colaborare încheiat între O.N.R.C. și M.J. în anul 2010, în vederea aplicării dispozițiilor Legii nr. 202/2010 privind unele măsuri pentru accelerarea soluționării proceselor^[1]. Pentru a evita ca împotriva aceluiași debitor să se deschidă proceduri generale succesive de insolvență, ar fi de dorit ca la formarea dosarului să se verifice istoricul profesionistului în registrul comerțului, pentru a se da eficiență deplină normelor juridice care reglementează cazurile de *intrare de drept în procedura simplificată*, în acest registru fiind menționate și eventuale proceduri judiciare deschise anterior și în care a fost realizat un *plan de reorganizare*, procedura insolvenței fiind închisă în conformitate cu dispozițiile art. 175 alin. (1) din Codul insolvenței.

Și în privința următoarelor două ipoteze, care vizează declanșarea procedurii la cererea debitorului sau la solicitarea creditorilor, aceasta se realizează fie imediat, fie după depunerea intenției de intrare în procedura simplificată. Nu în cele din urmă, în cazul în care *administratorul judiciar* face propunerea de intrare în procedura simplificată, prin raportul prevăzut de art. 92 din Codul insolvenței, această procedură se aplică prin pronunțarea de către *judecătorul-sindic* a *sentinței* de aprobare a concluziilor raportului într-o perioadă de maximum 15 zile de la primirea acestuia, raport care trebuie întocmit în cel mult 20 de zile de la desemnarea administratorului judiciar.

În conformitate cu art. 92 din Codul insolvenței, administratorul judiciar va întocmi și va supune judecătorului-sindic, în termenul stabilit de acesta, care nu va putea depăși 20 de zile de la desemnarea sa, un raport prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație din procedura generală. Raportul va indica dacă debitorul se încadrează în categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2) și, în consecință, trebuie supus procedurii simplificate prevăzute de lege, caz în care va cuprinde documente doveditoare în acest sens și propunerea de intrare în faliment în procedura simplificată. *Practicianul* va notifica propunerea de intrare în faliment prin procedura simplificată creditorilor care au formulat cerere introductivă și debitorului, prin administratorul special, depunând la instanță, odată cu cererea, dovada îndeplinirii procedurii de notificare.

Judecătorul-sindic va supune propunerea administratorului judiciar privind intrarea în faliment a debitorului, în procedura simplificată, dezbaterii părților într-o ședință publică, ce va avea loc în maximum 15 zile de la primirea raportului administratorului judiciar. În cadrul respectivei ședințe, judecătorul-sindic, după ascultarea părților interesate, va pronunța o sentință prin care va aproba sau va respinge, după caz, concluziile raportului supus dezbaterii. În cazul aprobării raportului, prin aceeași sentință, judecătorul-sindic

^[1] Legea nr. 202/2010 (M. Of. nr. 714 din 26 octombrie 2010) statuează la art. XXVII următoarele: „În termen de 30 de zile de la publicarea prezentei legi, Ministerul Justiției și Ministerul Public vor încheia protocoale de colaborare cu autoritățile și instituțiile publice care dețin baze electronice de date, în vederea asigurării aplicării prevederilor art. 86² din Codul de procedură civilă, republicat, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin prezenta lege; și ale art. 184¹ din Codul de procedură penală, republicat, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin prezenta lege”; în același sens, art. 86² CPC 1865 prevede că, „(1) În scopul obținerii datelor și informațiilor necesare realizării procedurii de comunicare a citațiilor, a altor acte de procedură, precum și îndeplinirii oricărei atribuții proprii activității de judecată, instanțele au drept de acces direct la bazele electronice de date sau la alte sisteme de informare deținute de autorități și instituții publice. (2) Autoritățile și instituțiile prevăzute la alin. (1) au obligația de a lua măsurile necesare în vederea asigurării accesului direct al instanțelor la bazele electronice de date și sistemele de informare prevăzute la același alineat”.

va decide intrarea în faliment a debitorului, în condițiile art. 145 alin. (1) lit. D din Codul insolvenței.

Ulterior intrării în procedura simplificată, în cazul în care documentele prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. b)-f) și l) nu sunt prezentate de către debitor, *lichidatorul* desemnat va reconstitui, în măsura posibilului, acele documente, cheltuielile astfel efectuate urmând a fi suportate din averea debitorului. Pentru celeritatea procedurii, instanța poate stabili, pentru creditorul care a solicitat deschiderea procedurii de insolvență sau administratorul judiciar desemnat, îndatoriri în ceea ce privește prezentarea probelor cu înscrisuri, relații scrise, poate solicita la interogatoriu persoanele identificate ca făcând parte din administrația societății, poate solicita asistența și concursul acestora la efectuarea actelor de procedură, precum și orice alte demersuri necesare soluționării cauzei.

91. Atunci când la sediul înregistrat în registrul corespunzător debitorul nu mai desfășoară activitate, iar creditorul care a introdus *cererea de deschidere a procedurii* nu cunoaște un alt sediu sau punct de lucru sau de desfășurare a activității și după ascultarea raportului *administratorului judiciar*, prevăzut la art. 97, prin care se constată că debitorul se găsește în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c), comunicarea, notificarea oricărui act de procedură față de debitor, inclusiv a celor privind deschiderea procedurii, se va efectua numai prin BPI, întrucât este culpa exclusivă a debitorului că nu a anunțat și înregistrat la oficiul registrului comerțului schimbarea în fapt a adresei sediului său social.

În aplicarea prevederilor Codului insolvenței, administratorul judiciar va solicita relații privind sediul social al debitorului și date privind administrația societății, relații privind bunurile patrimoniale și documentele privind activitatea societății de la autoritățile care dețin sau ar putea să dețină asemenea informații.

De asemenea, administratorul judiciar sau, după caz, *lichidatorul judiciar*, în cazul procedurii simplificate, va întocmi și va supune tribunalului, în termenul stabilit de judecătorul-sindic, dar care nu va putea depăși, de această dată, 40 de zile de la desemnarea sa, un raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă.

În situația în care, deși debitorul nu se încadrează în categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2), practicianul apreciază că pentru acesta nu există o posibilitate reală de reorganizare efectivă a activității economice, în raport se vor indica motivele care nu permit redresarea și se va propune intrarea în *faliment*, o asemenea propunere, în *procedura generală*, urmând să fie supusă aprobării *adunării generale a creditorilor* la prima ședință a acesteia.

În cazul în care raportul administratorului judiciar va propune intrarea în faliment, acesta va publica un anunț referitor la raport în BPI, cu indicarea datei primei adunări a creditorilor, sau va convoca adunarea creditorilor, dacă raportul va fi depus după data primei adunări, la această adunare urmând să supună votului adunării creditorilor propunerea de intrare în faliment.

Administratorul judiciar va asigura posibilitatea consultării raportului de 40 de zile la sediul său, pe cheltuiala solicitantului, o copie de pe raport urmând să fie depusă atât la grefa tribunalului, cât și la registrul comerțului sau, după caz, la registrul în care este înregistrat debitorul și va fi comunicată debitorului.

Nu în ultimul rând, este de menționat faptul că, în cazul intrării în faliment prin *procedura simplificată*, lichidatorul judiciar va trimite o notificare privind intrarea în procedura

falimentului și, în cazul debitorului persoană juridică, ridicarea *dreptului de administrare și dizolvarea* acestuia, tuturor creditorilor notificați conform art. 99, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori registrului asociațiilor și fundațiilor în care debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. Dacă se justifică majorarea, în sensul art. 100 alin. (2), a termenelor de afișare a *tabelului preliminar de creanțe*, prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. c), și de *definitivare a tabelului de creanțe*, prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. d), noile termene astfel fixate vor fi notificate creditorilor [art. 147 alin. (1) din Codul insolvenței].

În situația în care, până la aprobarea propunerii administratorului judiciar prevăzute la art. 92 alin. (4), debitorul aflat în faliment prin procedură simplificată și-a continuat activitatea, lichidatorul judiciar va notifica, în termen de 5 zile de la data intrării în faliment, creditorii deținând creanțe asupra debitorului, având prioritate, conform dispozițiilor art. 161 pct. 4, cele născute în perioada de observație, solicitându-le să înscrie, în termen de 10 zile de la primirea notificării, cereri de admitere a creanțelor însoțite de documente justificative. Notificarea va cuprinde și termenele de afișare a *tabelului preliminar de creanțe*, prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. c), și de *definitivare a tabelului de creanțe*, prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. d), așa cum au fost cuprinse și în notificarea prevăzută la art. 99 alin. (1) sau la alin. (1) al art. 147, după caz, dispozițiile alin. (2) și (3) ale art. 99 aplicându-se în mod corespunzător.

Vor fi supuse verificării toate *creanțele* asupra averii debitorului, inclusiv cele *buge-tare*, născute după data declanșării procedurii. Titularilor de creanțe născute după deschiderea procedurii, care nu depun cererea de admitere a creanțelor în termenul stabilit la alin. (2) al art. 147, li se aplică, în mod corespunzător, prevederile art. 114 referitoare la *decăderea*, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în *tabelul creditorilor*, de a dobândi calitatea de *creditor îndreptățit să participe la procedură* și de a avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, devin aplicabile, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru *bancrută simplă* sau *frauduloasă* ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase, această sancțiune procedurală putând fi invocată oricând, de orice parte interesată, pe cale de acțiune sau excepție.

În acele rare cazuri în care debitorii supuși procedurii simplificate au anumite bunuri în patrimoniu, inventarul acestora se va realiza potrivit art. 151-153, iar *lichidarea averii falitului* în condițiile art. 154-158, eventualele sume obținute din această operațiune urmând să fie distribuite în conformitate cu regulile prevăzute de art. 159-168 din Codul insolvenței.

De regulă, procedura simplificată va fi închisă fie pentru că se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare, fie pentru că judecătorul-sindic a aprobat *raportul final*, când toate fondurile sau bunurile din averea debitorului au fost distribuite și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă. În ambele cazuri, însă, prin sentința pronunțată, tribunalul va dispune și *radierea debitorului* din registrul în care este înmatriculat.

Totuși, nu este exclus ca, în cazul procedurii deschise în urma formulării cererii introductive de către debitor în condițiile art. 71, judecătorul-sindic să constate, la expirarea termenului pentru înregistrarea *cererilor de admitere a creanțelor*, că nu s-a depus nicio cerere, situație în care acesta va pronunța o sentință de închidere a procedurii – art. 177

alin. (1). Se observă că aceste dispoziții din Codul insolvenței nu au preluat teza finală a corospondentului lor din Legea nr. 85/2006 – art. 134 alin. (1) – care stabilea, în plus, *revocarea sentinței* de deschidere a procedurii. De asemenea, operațiunile de administrare, legal făcute asupra averii debitorului, își vor produce efectele, iar drepturile dobândite până la închiderea procedurii rămân neatinse [art. 177 alin. (2) din Codul insolvenței].

§4. Definiția și trăsăturile juridice ale procedurii generale

92. Spre deosebire de *procedura simplificată*, *procedura generală* reprezintă, în conformitate cu art. 5 pct. 46 din Codul insolvenței, „procedura de insolvență prevăzută de prezenta lege, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (1), fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 38 alin. (2), intră, după *perioada de observație*, succesiv, în procedura de *reorganizare judiciară* și în procedura *falimentului* sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului”.

Se poate observa că, în această formă a procedurii de insolvență, cele două proceduri – reorganizarea judiciară și falimentul – nu se exclud ca succesiune, întrucât procedura generală poate debuta cu o reorganizare judiciară și se poate finaliza cu faliment. De altfel, în practică așa se și întâmplă de cele mai multe ori, puține fiind cazurile în care *planul de reorganizare* propus de debitor, creditorii sau de *practician* se dovedește a fi unul de succes.

Cererile introductive aparțin aceluiași persoane ca și în cazul procedurii simplificată, pe lângă debitor și creditorii având legitimare procesuală activă Banca Națională a României și Autoritatea de Supraveghere Financiară, aceasta din urmă, potrivit alin. (2) al art. 65 din Codul insolvenței, putând solicita deschiderea procedurii insolvenței împotriva entităților reglementate pe care le supraveghează și care, potrivit datelor de care dispune, îndeplinesc criteriile prevăzute de dispozițiile legale speciale pentru inițierea *procedurii colective*.

Cererea de declanșare a procedurii insolvenței formulată de debitor nu trebuie să fie deturnată de la rațiunea recunoașterii acestui drept, pentru a fi un instrument de suspendare a proceselor inițiate contra debitorului sau a *executărilor silite individuale* demarate de unii creditorii împotriva bunurilor sale.

În cuprinsul cererii va fi menționată starea de *insolvență* efectivă sau *iminentă*, potrivit aprecierii debitorului, cu argumente factice pertinente, insolvența iminentă având ca justificare aprecierea unei apropiate instalări depline a stării de insolvență, metodele științifice de previziune a evoluției fluxurilor de numerar, conform standardelor internaționale de contabilitate în vigoare de la 1 ianuarie 2006, permițând fundamentarea obiectivă a iminenței insolvenței^[1].

Ca *trăsături juridice ale procedurii generale* putem menționa următoarele:

a) procedura generală conferă debitorilor care îndeplinesc exclusiv condițiile prevăzute la art. 38 alin. (1) dreptul să intre în reorganizare judiciară, în vederea achitării datoriilor conform unui program de plată a creanțelor;

b) ca urmare a etapelor pe care le presupune după parcurgerea perioadei de observație, respectiv intrarea în procedura reorganizării judiciare și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în faliment, procedura generală este o procedură complexă și, implicit, mai greoaie decât procedura simplificată;

^[1] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 27.

c) procedura generală se aplică debitorilor insolvenți, în afară de cei enumerați la art. 38 alin. (2) din Codul insolvenței; procedura generală nu se poate aplica, *de plano*, profesioniștilor persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, *întreprinderilor familiale*, membrilor *întreprinderii familiale*, persoanelor juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept anterior formulării cererii introductive și nici persoanelor care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu au obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei *întreprinderi* și nu sunt înregistrate în registrele speciale de publicitate;

d) procedura generală se aplică atât debitorilor aflați în *insolvență actuală*, cât și celor în *insolvență iminentă*;

e) procedura generală constituie regula în materie de insolvență, în timp ce procedura simplificată reprezintă excepția de la regulă^[1];

f) procedura generală este singura formă de *executare colectivă* care se poate finaliza, în actuala reglementare, fără *radierea debitorului* din registrul în care este înmatriculat; prin art. 178 din Codul insolvenței s-a stabilit că, „dacă toți creditorii înscrși în tabelul definitiv al creanțelor primesc sumele ce li se datorează în perioada de observație sau renunță la judecată în perioada de observație, judecătorul-sindic va dispune închiderea procedurii, fără a dispune *radierea debitorului* din registrul în care este înregistrat”.

§5. Domeniul de aplicare a procedurii generale

93. Procedura generală este aplicabilă debitorilor, astfel cum sunt ei nominalizați de alin. (1) al art. 38 din Codul insolvenței, care nu se află în niciuna dintre situațiile speciale la care se referă alin. (2) al aceluiași articol și care intră succesiv, după *perioada de observație*, în procedura de *reorganizare judiciară* și în procedura de *faliment* sau, după caz, separat, numai în reorganizare ori numai în faliment.

Spre deosebire de *procedura simplificată*, sfera subiecților care pot intra în procedura generală este mai restrânsă, legiuitorul excluzându-i, *de plano*, pe profesioniștii, persoane fizice, care acționează în mod individual sau în *întreprinderii familiale*, precum și pe debitorii care au intrat în dizolvare voluntară anterior formulării cererii introductive. Explicația unei asemenea limitări este una simplă: persoanele fizice care au calitatea de *profesionist*, indiferent de forma de organizare în care desfășoară activități economice, nu pot să beneficieze de procedura reorganizării judiciare, știut fiind că aceasta este, potrivit pct. 54 al art. 5 din Codul insolvenței, „procedura ce se aplică *debitorului în insolvență, persoană juridică*, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor (...)”. Definiția legală a procedurii de reorganizare judiciară nu lasă loc niciunei alte interpretări, această procedură fiind concepută și destinată exclusiv persoanelor juridice care au o organizare mai complexă și desfășoară o activitate de o mai mare amploare decât profesioniștii persoane fizice.

Procedura de *reorganizare* presupune întocmirea, aprobarea, implementarea și respectarea unui plan, numit *plan de reorganizare*, care poate să prevadă, împreună sau separat: a) *restructurarea operațională și/sau financiară* a debitorului; b) *restructurarea corporativă* prin modificarea structurii de capital social; c) restrângerea activității prin

[1] Cu toate acestea, unii autori sunt de părere că, în realitate, procedura simplificată este de natură a mistui covârșitor debitorii care se zbat în vâltoarea stărnită de economia de piață și, sub umbrela acestei proceduri, ființa lor va dispărea – a se vedea, în acest sens, I. Adam, C.N. Savu, art. cit., p. 26.

lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului. Or, în cazul unui profesionist persoană fizică, este de la sine înțeles că nu poate fi vorba de niciuna dintre aceste modalități de redresare a activității economice.

De asemenea, în cazul persoanelor juridice dizolvate, este clar că etapa următoare dizolvării nu poate fi decât *lichidarea judiciară*, etapă care este incompatibilă cu reorganizarea judiciară și presupune în mod necesar procedura simplificată și falimentul.

Procedura generală se extinde și asupra oricărei persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice, dacă se află în stare de insolvență sau de *insolvență iminentă*.

Dacă cererea debitorului de a fi supus dispozițiilor Codului insolvenței corespunde condițiilor prevăzute la art. 66, *judecătorul-sindic* va pronunța o *încheiere de deschidere a procedurii generale*, cu excepția cazului în care, prin declarația făcută conform art. 67 alin. (1) lit. g), debitorul își arată intenția de a intra în procedura simplificată ori se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2), când *judecătorul* va pronunța o *încheiere de deschidere a procedurii simplificate*.

În cazul cererilor introductive formulate de creditor, dacă *judecătorul-sindic* stabilește că debitorul este în stare de insolvență, îi va respinge eventuala contestație și va deschide, printr-o sentință, procedura generală, în afară de cazul în care, din documentele depuse la dosar, rezultă că acesta se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2) sau a mai beneficiat de reorganizare în ultimii 5 ani anteriori declanșării procedurii, când instanța va pronunța o sentință de deschidere a procedurii simplificate. Prin *sentința de declanșare a procedurii generale*, *judecătorul-sindic* va dispune administratorului judiciar să efectueze notificările prevăzute la art. 100, efectele deschiderii procedurii insolvenței fiind cele enumerate de art. 71-98 din Codul insolvenței.

Administratorul judiciar va întocmi și va supune *judecătorului-sindic*, în termenul stabilit de acesta, care nu va putea depăși 20 de zile de la desemnarea sa, un prim raport prin care trebuie să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație din procedura generală, iar ulterior, tot în termenul stabilit de *judecător*, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea sa, un raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului, cu menționarea eventualelor indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora le-ar fi imputabilă. În situația în care debitorul nu se încadrează în categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2), acest al doilea raport trebuie să indice dacă există o posibilitate reală de reorganizare efectivă a activității debitorului ori, după caz, motivele care nu permit reorganizarea și, în acest caz, propunerea de intrare în faliment [art. 97 alin. (2) din Codul insolvenței].

În cazul în care, prin raportul său, administratorul judiciar arată că activitatea debitorului poate fi redresată pe baza unui plan de reorganizare judiciară, acesta va trebui să precizeze dacă recomandă ca planul de reorganizare să fie propus de debitor, dacă, la cererea debitorului, colaborează la întocmirea planului ori dacă intenționează să propună un alt plan singur sau împreună cu unul ori mai mulți creditor [art. 97 alin. (3) din Codul insolvenței].

94. Conform art. 181 alin. (2) din Codul insolvenței, la data confirmării unui *plan de reorganizare*, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan.

Finalizarea cu succes a planului de reorganizare (dublată și de plata *creanțelor curente scadente*) va avea drept consecință închiderea procedurii insolvenței, în conformitate cu teza I a alin. (1) al art. 175, potrivit căreia „o procedură de reorganizare prin continuarea activității sau de *lichidare* pe bază de plan va fi închisă, prin *sentință*, în baza unui raport al *administratorului judiciar* care constată îndeplinirea tuturor obligațiilor de plată asumate prin planul confirmat, precum și plata creanțelor curente scadente”. Dacă, însă, o procedură începe ca reorganizare, dar, ulterior, devine *faliment*, aceasta va fi închisă în conformitate cu dispozițiile alin. (2) al art. 175.

Propunerea *practicianului* privind intrarea în faliment a debitorului, în *procedura generală*, trebuie să fie supusă aprobării *adunării generale a creditorilor* la prima ședință a acesteia. Adunarea generală a creditorilor va aproba propunerea administratorului judiciar prin votul titularilor a cel puțin două treimi din creanțele prezente la vot. Indiferent de rezultatul votului, propunerea nu va fi aprobată în cazul în care unul sau mai mulți creditori, deținând împreună peste 20% din creanțele cuprinse în tabelul preliminar de creanțe, își anunță intenția de a depune, în termenul legal, un plan de reorganizare a debitorului. Dacă adunarea generală a creditorilor aprobă propunerea administratorului judiciar de intrare a debitorului în faliment, judecătorul-sindic va decide prin *sentință* acest lucru, în condițiile art. 145 alin. (1) lit. D.

Totuși, prevederile de mai sus nu se aplică pentru raportul privind propunerea de intrare în faliment, în cazul în care, până la data primei ședințe a adunării generale a creditorilor de aprobare a acestuia, a fost confirmat un plan de reorganizare de către *judecătorul-sindic* (art. 98 din Codul insolvenței).

Și în cazul intrării în faliment în procedura generală, prin derogare de la dispozițiile Legii nr. 53/2003, cu modificările și completările ulterioare, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitorului se va face de urgență de către *lichidatorul judiciar*, practicianul urmând a acorda personalului concediat doar preavizul de 15 zile lucrătoare. De asemenea, Codul insolvenței introduce o prevedere nouă, față de legislația anterioară, care prevedea că, pentru efectuarea concedierilor colective, nu trebuie urmată procedura de concediere colectivă. Conform art. 123 alin. (8) din Codul insolvenței, se aplică prevederile art. 71 și art. 72 alin. (1) din Codul muncii privind procedura concedierii colective, cu precizarea expresă că termenele stabilite de aceste din urmă texte de lege se înjumătățesc.

După intrarea în faliment în procedura generală, lichidatorul va trimite o notificare tuturor creditorilor indicați în lista depusă de debitor/administratorul judiciar, prevăzută la art. 145 alin. (2) lit. e), ale căror creanțe s-au născut după deschiderea procedurii, debitorului și registrului unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii, dispozițiile alin. (2) și (3) ale art. 99 aplicându-se în mod corespunzător. Notificarea va cuprinde: a) termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor născute după data deschiderii procedurii, specificate la alin. (3) al art. 146, în vederea întocmirii *tabelului suplimentar*, care va fi de maximum 45 de zile de la data intrării în faliment, precum și cerințele pentru ca o *creanță* înregistrată să fie *considerată valabilă*; b) termenul de verificare a creanțelor menționate la alin. (3) al art. 146, de întocmire și publicare a tabelului suplimentar al acestora, care nu va depăși 30 de zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. a); c) termenul de depunere la tribunal a *contestațiilor*, care va fi de 7 zile

de la publicarea în BPI a tabelului suplimentar; d) termenul de întocmire a *tabelului definitiv consolidat*, care nu va depăși 30 de zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. b).

Vor fi supuse verificării toate *creanțele* asupra averii debitorului, inclusiv cele *buge-tare*, născute după data deschiderii procedurii sau, după caz, al căror quantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților făcute după deschiderea procedurii. Creanțele admise în tabelul definitiv de creanțe nu vor mai fi supuse verificării, însă toți creditorii vor putea să formuleze contestații cu privire la tabelul suplimentar. Tabelul definitiv consolidat va cuprinde totalitatea creanțelor admise împotriva averii debitorului, existente la data intrării în faliment, cu respectarea dispozițiilor art. 112^[1]. Titularilor de creanțe născute după deschiderea procedurii, care nu depun *cererea de admitere a creanțelor* în termenul prevăzut la alin. (2) lit. a) al art. 146, li se aplică, în mod corespunzător, prevederile art. 114 privitoare la *decăderea* din drept (art. 146 din Codul insolvenței).

95. Inventarul averii debitorului se desfășoară în conformitate cu art. 151-153, iar lichidarea averii *falitului* în condițiile art. 154-158, eventualele sume obținute din această operațiune urmând să fie distribuite în conformitate cu regulile prevăzute de art. 159-168 din Codul insolvenței.

Închiderea procedurii colective și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat se va putea dispune, în orice stadiu al procedurii, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare, judecătorul-sindic procedând la audierea de urgență a creditorilor într-o ședință, în care se va consemna refuzul acestora (neprezentarea fiind asimilată refuzului) – art. 174 din Codul insolvenței. De asemenea, închiderea procedurii se va dispune și atunci când judecătorul-sindic a aprobat raportul final, când toate fondurile sau bunurile din averea debitorului au fost distribuite și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă, în urma unei cereri a lichidatorului, judecătorul pronunțând o sentință de închidere a procedurii, în cazul persoanelor juridice dispunând și radierea acestora [art. 175 alin. (2)]. Și în ipoteza în care creanțele au fost complet acoperite prin distribuirile făcute, tribunalul va pronunța o sentință de închidere a procedurii falimentului și de radiere a debitorului din registrul în care este înmatriculat, chiar înainte ca bunurile din averea debitorului să fi fost lichidate în întregime, în cazul în care toți asociații persoanei juridice sau persoana fizică, după caz, solicită acest lucru în termen de 30 de zile de la notificarea lichidatorului judiciar făcută administratorului special, urmând ca bunurile să treacă în coproprietatea asociaților/acționarilor, corespunzător cotelor de participare la capitalul social; în toate celelalte cazuri, procedura se încheie numai după lichidarea completă a activului, eventualele sume reziduale ultimei distribuii urmând a fi depuse într-un cont la dispoziția asociaților sau persoanei fizice, după caz (art. 176 din Codul insolvenței).

Sentința de închidere a procedurii va fi notificată de judecătorul-sindic direcției regionale sau, după caz, administrației județene a finanțelor publice și oficiului registrului comerțului ori, după caz, registrului societăților agricole sau altor registre unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. De asemenea, sentința de închidere a

^[1] Art. 110 din Legea nr. 85/2006, modificată, statuează că „În cazul intrării în faliment după confirmarea unui plan de reorganizare, titularii creanțelor participă la distribuii cu valoarea acestora, astfel cum au fost prezentate în planul confirmat, mai puțin cota încasată în cursul reorganizării”.

procedurii va fi notificată tuturor creditorilor, prin publicare în BPI (art. 179 din Codul insolvenței). Prin închiderea procedurii, judecătorul-sindic, administratorul/lichidatorul și toate persoanele care i-au asistat sunt descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titulari de drepturi de preferință, acționari sau asociați (art. 180 din Codul insolvenței).

De asemenea, prin închiderea procedurii de faliment, debitorul persoană fizică va fi descărcat de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, însă sub rezerva de a nu fi găsit vinovat de bancrută frauduloasă sau de plăți ori transferuri frauduloase; în astfel de situații, el va fi descărcat de obligații numai în măsura în care acestea au fost plătite în cadrul procedurii [art. 181 alin. (1) din Codul insolvenței].

CAPITOLUL VII. EFECTELE DESCHIDERII PROCEDURII INSOLVENȚEI

Secțiunea 1. Avantajele și dezavantajele procedurii insolvenței. Considerații generale

1. Eficiența procedurii de insolvență este condiționată, într-o măsură importantă, de rapiditatea derulării fazelor procedurale. În repetatele reforme legislative se remarcă prezența statornică a preocupării pentru scurtarea termenelor, dar unele faze rămân în afara controlului prin termene procedurale care, în majoritatea cazurilor, sunt *termene de recomandare*. Durata cuprinsă între înregistrarea cererii introductive și hotărârea de deschidere a procedurii scapă de sub control, iar prelungirea ei nejustificată poate oferi prilejul eludării drepturilor creditorilor prin acte ale debitorului care ar putea fi, în fapt, ireversibile^[1]. O posibilă soluție ar putea fi impunerea prin lege a efectului retroactiv al hotărârii de deschidere a procedurii, de la data înregistrării cererii introductive. În orice caz, introducerea prin Codul insolvenței a *procedurilor de suspendare preventivă*, pe cale de ordonanță președințială, prin care se pot suspenda fie procedurile de executare silită, pornite împotriva debitorului – art. 66 alin. (11), fie operațiunile de înstrăinare a unor bunuri sau drepturi patrimoniale importante din averea debitorului – art. 70 alin. (5), reprezintă un câștig în privința prevenirii prejudiciabile a dezmembrării averii debitorului.

Eficiența procedurii insolvenței în actuala reglementare poate fi apreciată și din prisma avantajelor și dezavantajelor pe care le generează pentru debitori și pentru creditori.

a) Principalele *avantaje ale creditorilor* pot fi sintetizate astfel:

- celeritatea procedurii [alin. (2) al art. 40];
- cheltuielile procedurii se suportă din averea debitorului sau din fondul de lichidare (art. 39); –
- adunarea creditorilor desemnează administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, stabilește retribuiția acestuia, alege comitetul creditorilor, aprobă raportul practicianului prin care se propune intrarea în faliment, solicită înlocuirea acestuia, iar comitetul creditorilor exercită controlul asupra actelor administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, putând formula contestații la rapoartele întocmite de acesta;
- creditorii pot cere deschiderea procedurii;
- suspendarea executărilor silite individuale și a acțiunilor judiciare contra debitorului și bunurilor sale, promovate de ceilalți creditori;
- asigură tratamentul egalitar al diferiților creditori și prevalența ordinii legale de prioritate;

^[1] De exemplu, în dosarul nr. 5146/1999 al Tribunalului Hunedoara, cererile creditorilor pentru deschiderea procedurii falimentului SC S. SA Călan au fost soluționate *după 5 ani de la data înregistrării*, prin sentința nr. 583/CA/2004 din 4 martie 2004. În cei 5 ani, timp în care dosarul a rămas în nelucrare, imobilele și alte bunuri din averea debitorului au suferit deteriorări semnificative, ceea ce a avut drept consecință faptul că nici după 7 licitații programate nu s-au prezentat cumpărători.

– suspendarea termenelor de prescripție împiedică stingerea drepturilor creditorilor care nu pot să le valorifice datorită deschiderii procedurii;

– cercetarea cauzelor și împrejurărilor care au condus la insolvență pentru a se responsabiliza conducătorii vinovați;

– exonerarea de taxe pentru acțiunile care tind la desființarea actelor frauduloase sau a transferurilor patrimoniale incorecte din trecutul activității debitorului și posibilitatea promovării acestor acțiuni;

– prerogativa acordată administratorului judiciar/lichidatorului judiciar de a opta între asumarea și denunțarea unor contracte în curs de executare, pentru maximizarea recuperărilor în favoarea creditorilor;

– posibilitatea unei proceduri de redresare care să ofere un grad mai înalt de satisfacere a creanțelor;

– interdicția impusă debitorului de a abuza de procedura planului de reorganizare;

– desesizarea, în anumite condiții, a debitorului în privința conducerii activității și administrării averii sale;

– instituirea unor reguli precise și corecte cu privire la declararea și verificarea creanțelor;

– posibilitatea contestării creanțelor;

– criterii echitabile de stabilire a rangului priorității creanțelor;

– stabilirea răspunderii conducătorilor.

b) Principalele *neajunsuri* pentru creditor ar putea fi următoarele:

– posibilitatea obligării la consemnarea cauțiunii, plafonată de Codul insolvenței la suma de 40.000 lei;

– stoparea, în principiu, a calculului dobânzilor, majorărilor, penalităților de orice fel ori a cheltuielilor;

– posibilitatea menținerii unor contracte în curs de executare, contrar intereselor creditorilor;

– în principiu, creditorii indispensabili – furnizori de servicii (electricitate, gaze etc.) nu pot refuza, nici întrerupe astfel de servicii către debitor în perioada de reorganizare;

– descărcarea de datorii a debitorului.

c) Principalele *avantaje* pe care le prezintă procedura insolvenței *pentru debitor*:

– dreptul de a contesta măsurile luate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar;

– dreptul de a cere deschiderea procedurii;

– dreptul de a contesta cererea creditorului pentru deschiderea procedurii;

– posibilitatea de a depune și ulterior unele documente;

– dreptul de a cere obligarea creditorului la cauțiune;

– scăderea automată a presiunii creditorilor ca urmare a suspendării acțiunilor judiciare sau extrajudiciare;

– stoparea calculului dobânzilor, penalităților etc.;

– posibilitatea desființării unor transferuri patrimoniale dezechilibrate și posibilitatea asumării unor contracte în curs de executare, contrar intereselor creditorilor;

– dreptul debitorului de a propune un plan de redresare;

– dreptul debitorului de a rămâne la conducere în perioada de observație, sub supravegherea administratorului, precum și în perioada de executare a planului;

– dreptul debitorului de a pretinde furnizorilor de servicii să continue prestarea acestor utilități;

– descărcarea de datorii.

d) *Dezavantajele pentru debitor* sunt următoarele:

- interdicția de a repeta cererea de reorganizare;
- vulnerabilitatea față de dreptul creditorului de a cere deschiderea procedurii pentru creanțe de orice fel;
- posibilitatea de a fi obligat să depună o cauciune în favoarea prestatorilor de servicii;
- desesizarea debitorului din dreptul de a-și administra averea;
- vulnerabilitatea debitorului aflat în reorganizare la cererea creditorilor de a se trece la procedura falimentului în cazul nerespectării planului de reorganizare;
- posibilitatea atragerii răspunderii fostelor organe de conducere ale debitorului pentru contribuția la ajungerea în stare de insolvență.

Se observă faptul că, în anumite etape concrete, cererile diferiților actori implicați în procedură se situează pe poziții contrare: astfel, cererea debitorului pentru deschiderea procedurii determină posibila opoziție a creditorilor, iar cererea creditorului pentru deschiderea procedurii poate avea drept consecință contestația debitorului.

Secțiunea a 2-a. Clasificarea efectelor deschiderii procedurii insolvenței

2. Stabilirea unei clasificări a implicațiilor produse de hotărârea de deschidere a unei proceduri de insolvență presupune analiza dispozițiilor legii, reluate de instanță, care, într-o măsură directă sau nu, îngăduiesc atât puterea de decizie a debitoarei, cât și posibilitatea efectuării unor operațiuni după acest moment.

În clasificarea preluată conceptual din Codul comercial^[1], odată deschise, procedurile au fost considerate ca fiind producătoare de efecte, pe de o parte, patrimoniale și pe de alta, nepatrimoniale, ulterior legislația separând efectele legale^[2] de consecințele produse.

3. A. Prima clasificare grupează în categoria *efectelor patrimoniale*: (a) suspendarea acțiunilor judiciare și extrajudiciare; (b) suspendarea curgerii dobânzilor, a majorărilor, penalităților, respectiv a tuturor accesoriilor; (c) suspendarea cursului prescripției; (d) închiderea conturilor debitoarei și deschiderea contului unic al procedurii de insolvență; (e) regula *bussines as usual* și limitele sale; (f) posibilitatea introducerii acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în perioada suspectă; (g) ștergerea datoriilor debitorului; (h) transferul drepturilor patrimoniale către terți, în urma lichidării; (i) transferul drepturilor patrimoniale rămase după lichidare asociaților sau acționarilor ori celorlalți membri;

În categoria *efectelor nepatrimoniale* sunt cuprinse: (a) desesizarea debitorului; (b) dizolvarea persoanei juridice, în cazul intrării în faliment; (c) obligația efectuării publicității stării de insolvență; (d) obligația debitorului de a furniza date și informații privind activitatea sa; (e) suspendarea tranzacționării acțiunilor societății emitente și retragerea valorilor mobiliare; (f) decăderi profesionale și interdicții.

4. B. Într-o altă clasificare, efectele sunt prezentate raportat la procedura aplicată și la titularul cererii.

^[1] M. Costin, A. Miff, *Falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 243 și urm.; Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 490 și urm.

^[2] I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 300.

a) Astfel, în cazul *aplicării procedurii generale și a celei simplificate*, efectele produse sunt:

1) desemnarea de către judecătorul-sindic a administratorului judiciar provizoriu sau, după caz, a lichidatorului judiciar provizoriu (art. 73);

2) judecătorul-sindic dispune notificarea sentinței de către administrator/lichidator (art. 73);

3) debitorul este obligat să depună la dosar actele și informațiile prevăzute la art. 67 alin. (1);

4) furnizorii de servicii vitale nu mai au dreptul să sisteze serviciile către averea debitorului consumator captiv în perioada de observație și în perioada de reorganizare (art. 77);

5) suspendarea acțiunilor judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor față de averea debitorului (art. 75). În acest scop, judecătorul-sindic dispune comunicarea sentinței către instanțele judecătorești în a căror jurisdicție se află sediul debitorului declarat la registrul comerțului, precum și tuturor băncilor unde debitorul are deschise conturi (art. 76);

6) creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință poate solicita ridicarea suspendării, în condițiile prevăzute de art. 78;

7) suspendarea cursului prescripției acțiunilor prevăzute de art. 75 alin. (1);

8) stoparea calculului dobânzilor, majorărilor sau penalităților de orice fel, precum și interzicerea adăugării cheltuielilor la creanțele născute anterior deschiderii procedurii și care nu beneficiază de o cauză de preferință, de la data deschiderii procedurii (art. 80);

9) se suspendă de la tranzacționare acțiunile emise de debitor pe piața reglementată pe care se tranzacționează (art. 81);

10) debitorul are obligația de a pune la dispoziția administratorului judiciar (sau, după caz, a lichidatorului judiciar) și a creditorului deținând cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe toate informațiile cerute de acesta cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterior deschiderii procedurii insolvenței și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii (art. 82). Conform dispozițiilor art. 93, dacă debitorul nu a prezentat informațiile sau le-a prezentat în mod necorespunzător, se vor reconstitui, în măsura posibilului, acele documente, cheltuielile astfel efectuate urmând a fi suportate din averea debitorului;

11) obligația menționării „în insolvență”, „în reorganizare judiciară” sau, după caz, „în faliment”, pe actele și pe corespondența debitorului, în limbile română, engleză și franceză (art. 83);

12) nulitatea tuturor actelor, operațiunilor și plăților efectuate de debitor, ulterior deschiderii procedurii, cu excepția cazurilor prevăzute de art. 87 (activitățile curente), a celor autorizate de judecătorul-sindic, avizate de către administratorul judiciar sau aprobate de către comitetul creditorilor (art. 84 raportat la art. 87);

13) ridicarea dreptului debitorului de a-și administra averea, dacă nu și-a declarat, conform legii, intenția de reorganizare (art. 85-86);

14) în perioada de observație activitățile curente și plățile sunt permise în limitele prevăzute la art. 87;

15) sunt fără efect înscrierile și orice alte formalități similare de opozabilitate, efectuate după deschiderea procedurii (art. 88);

16) contractele financiare sunt supuse regimului reglementat la art. 89;

17) compensarea legală a creanțelor reciproce între creditor și debitor operează conform art. 90;

18) sunt libere de sarcini bunurile înstrăinate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar conform art. 91;

19) administratorul judiciar întocmește raportul de 20 de zile, propunând intrarea în procedura simplificată sau continuarea perioadei de observație din procedura generală (art. 92);

20) instanța poate stabili condițiile probațiunii conform art. 94;

21) instituirea de măsuri adecvate situației în care debitorul sau bunurile acestuia nu pot fi găsite (art. 95-96);

22) administratorul judiciar/lichidatorul judiciar prezintă raportul de 40 de zile și adunarea creditorilor poate hotărî intrarea în faliment a debitorului (art. 97-98).

5. b) După aprobarea planului de reorganizare, în perioada consecutivă confirmării planului de reorganizare, *dreptul de administrare* a averii debitorului se exercită de către administratorul special, supravegheat de administratorul judiciar, până la realizarea deplină a planului sau până la data când judecătorul-sindic va dispune motivat încetarea reorganizării și trecerea la faliment, în condițiile art. 145 și urm. [alin. (1) al art. 141]. Acționarii și asociații și membrii cu răspundere limitată nu au dreptul de a interveni în conducerea activității ori în administrarea averii debitorului, cu excepția și în limita cazurilor expres și limitativ prevăzute în lege și în planul de reorganizare [alin. (2) al art. 141].

Debitorul este obligat să execute, fără întârziere, schimbările de structură prevăzute în plan [alin. (3) al art. 141]. În perioada executării planului de reorganizare furnizorii de utilități (electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice sau alte asemenea) nu au dreptul să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către averea debitorului. În scopul protejării furnizorilor, la cererea acestora, judecătorul-sindic poate dispune ca debitorul să consemneze la o bancă o cauțiune care nu va depăși 30% din costul serviciilor prestate debitorului și neachitate față de acel furnizor (art. 142). În cazul neconformării debitorului față de prevederile planului sau în cazul înregistrării unor pierderi, oricare dintre creditorii sau administratorul judiciar poate solicita judecătorului-sindic să dispună trecerea în faliment în condițiile art. 145 alin. (1) lit. C.

6. c) Intrarea în faliment poate fi rezultatul nereușitei încercării de reluare a producției, neplătii datoriei la termenele prevăzute în plan, neplătii salariilor și a chiriei etc.^[1] Însă, înregistrarea cererii nu suspendă continuarea activității debitorului până când judecătorul-sindic se pronunță prin încheiere [alin. (2) al art. 143]. Dacă judecătorul-sindic aprobă cererea de intrare în faliment, după confirmarea unui plan de reorganizare, titularii creanțelor participă la distribuirea cu valoarea acestora, astfel cum au fost înregistrate în tabelul definitiv consolidat (art. 148).

În perioada executării planului de reorganizare, debitorul, prin administratorul special sau, după caz, administratorul judiciar, are obligația de a prezenta, trimestrial, rapoarte comitetului creditorilor privind situația financiară a averii debitorului și o informare privind cheltuielile efectuate, conform art. 144 alin. (1) și (2). În termen de 5 zile de la aprobarea rapoartelor, comitetul creditorilor va putea convoca adunarea creditorilor

^[1] C.A. Cluj-Napoca, s. com. și de cont. adm, dec. nr. 642 din 15 aprilie 2003, în B.J. 2003, Ed. Lumina Lex, 2004, p. 435.

pentru a prezenta măsurile luate de debitor și/sau de administratorul judiciar, efectele acestora, precum și să propună motivat alte măsuri.

Totodată, din momentul intrării în faliment și până în momentul închiderii procedurii, societatea, debitor în procedura insolvenței, își păstrează *capacitatea civilă*, dar această capacitate este restrânsă la operațiunile lichidării^[1].

Prin *hotărârea* prin care se decide intrarea în faliment, se dizolvă societatea debitoare și se dispune ridicarea dreptului de administrare al debitorului, în cazul procedurii generale, desemnarea unui lichidator provizoriu, precum și stabilirea atribuțiilor și a remunerației acestuia.

7. Clasiicii francezi au considerat, mai amplu, că efectele deschiderii procedurii cuprind toate consecințele pe care noua situație a debitorului le produce, temporar, hotărârea sursă a stării căreia i se supune debitorul^[2]:

1) instaurarea disciplinei colective care aparent implică egalitatea creditorilor^[3], incluzând efectele asupra conducătorilor debitoare și restricțiilor impuse acestora, drepturilor creditorilor, anteriori deschiderii procedurii, suspendarea urmăririlor individuale, intervenția organelor care aplică procedura;

2) determinarea pasivului și activului debitorului supus procedurii și reconstituirea acestuia, respectiv anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în perioada suspectă, acțiunile împotriva conducătorilor societari, determinarea bunurilor aparținând terților;

3) facilitățile procedurii colective care privesc efectele deschiderii procedurii față de contractele aflate în derulare, protecția selectivă a unor creanțe născute ulterior deschiderii procedurii, perioada de observație, actele de gestiune din timpul procedurii.

În opinia noastră, clasificarea efectelor produse de deschiderea procedurii insolvenței conduce la stabilirea următoarelor categorii de efecte: cele care se reflectă asupra debitorului și cele care se reflectă asupra terților. Totodată, apreciem că unele efecte sunt mixte, influențând în egală măsură ambele categorii.

a) Din prima categorie fac parte măsurile privind *societatea debitoare*: (i) ridicarea dreptului de administrare al fostei conduceri, în funcție de etapa și de procedura instaurată, respectiv preluarea funcției de conducere de către administratorul judiciar sau de către lichidatorul judiciar, de asemenea prin raportare la procedura aplicată debitoare; (ii) stabilirea masei active și a celei pasive; (iii) acțiunile împotriva foștilor administratori pentru atragerea răspunderii acestora; (iv) închiderea conturilor debitoare și deschiderea contului unic al insolvenței; (v) publicitatea stării de insolvență; (vi) suspendarea tranzacționării acțiunilor debitorului; (vii) interdicții profesionale și sancțiuni.

^[1] Conform prevederilor art. 227 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 31/1990, societatea se dizolvă și prin faliment, iar conform dispozițiilor art. 232 alin. (3), în cazul prevăzut la art. 227 alin. (1) lit. f), dizolvarea se pronunță de tribunalul învestit cu procedura falimentului. Textul art. 260 alin. (8): „În termen de 15 zile de la terminarea lichidării, lichidatorii vor depune la registrul comerțului cererea de radiere a societății din registrul comerțului, sub sancțiunea unei amenzi judiciare de 200 lei pentru fiecare zi de întârziere, care va fi aplicată de tribunalul în circumscripția căruia își are sediul societatea, în urma sesizării oricărei părți interesate. Încheierea judecătorului prin care se dispune amendarea lichidatorului este executorie și poate fi atacată numai cu apel” este categoric, la fel ca și cel al art. 233 alin. (4): „Societatea își păstrează personalitatea juridică pentru operațiunile lichidării, până la terminarea acesteia”. Așadar, după dizolvare, capacitatea civilă a societății comerciale se restrânge la operațiunile lichidării. Această capacitate se exercită prin lichidatori, după cum rezultă din prevederile art. 252 al Legii nr. 31/1990.

^[2] M. Jeantin, P. le Cannu, *Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, Paris, 2006, p. 210 și urm.

^[3] O amplă dezbateră doctrinară în privința acestei chestiuni în G.-A. Likillimba, *Préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements*, RTD com., nr. 1/2009, p. 1 și urm.

b) Efectele produse de procedură față de *terți* cuprind: (i) intervenția participanților la procedură în administrarea activității debitoare, persoane care erau terți până la data deschiderii procedurii; (ii) stabilirea datei încetării plăților, de la care se stabilește perioada suspectă și operează interdicția actelor efectuate peste limitele art. 87; (iii) dreptul de a depune declarațiile de creanță și de a participa la procedură;

c) Categoria efectelor *mixte* tinde să afecteze, în egală măsură, drepturile terților și cele ale debitoarei, incluzând: (i) suspendarea acțiunilor individuale și a urmărilor silite pornite împotriva debitoarei; (ii) suspendarea accesoriilor creanțelor; (iii) menținerea/denunțarea unor contracte aflate în derulare; (iv) obligarea furnizorilor de servicii de a continua contractul; (v) acțiunile în anularea actelor frauduloase; (vi) suspendarea cursului prescripției; (vii) reconstituirea activului debitoarei.

De asemenea, deschiderea procedurii aduce modificări în privința organelor statutare ale debitoarei, intervenția în viața societății a unor entități care, în condiții normale de activitate, nu ar avea competențe: instanța, în general, judecătorul-sindic, administratorul special, practicianul în insolvență și creditorii [prin controlul unor decizii care țin de oportunitate, prin posibilitatea modificării actului constitutiv conform dispozițiilor art. 133 alin. (6)].

Pentru a menține o separație consacrată a efectelor produse, ne vom ghida după gruparea efectelor produse de hotărârea de deschidere în privința avantajelor aduse de procedură, a schimbărilor intervenite în conducerea debitoarei și a creditorilor care, confrunțați cu o nouă situație, vor avea unele îngărdiri ale drepturilor. Apreciem că atât efectele patrimoniale, cât și cele considerate ca fiind nepatrimoniale se întrepătrund, fiind dificil de stabilit, uneori, până la ce punct se întinde fiecare dintre acestea.

Secțiunea a 3-a. Măsurile subsecvente deschiderii procedurii insolvenței

§1. Termene care curg în raport cu data deschiderii procedurii

8. Secțiunea a 4-a din Capitolul I, Titlul II al Codului insolvenței se intitulează „Primele măsuri. Întocmirea tabelului de creanțe. Contestațiile”, iar finalitatea comună a acestor măsuri constă tocmai în stabilirea activului și pasivului debitorului. Succesiunea textelor legislative în vederea stabilirii pasivului patrimonial este următoarea: întocmirea listei creditorilor; notificarea privind înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor; menționarea deschiderii procedurii în registrele de publicitate; depunerea cererilor de admitere a creanțelor și verificarea acestora; întocmirea și înregistrarea tabelului preliminar al creanțelor și notificarea creditorilor ale căror creanțe sau drepturi de preferință au fost parțial sau total înlăturate; contestarea tabelului preliminar și soluționarea contestațiilor; întocmirea și înregistrarea tabelului definitiv; intrarea în faliment a debitorului; tabelul suplimentar al creanțelor și tabelul definitiv consolidat al creanțelor; întocmirea și prezentarea raportului privind situația debitorului; convocarea și ținerea primei adunări a creditorilor.

Însă întocmirea listei creditorilor, notificarea, declararea, înregistrarea, verificarea creanțelor, precum și etapele premergătoare definitivării tabelului definitiv al creanțelor și cele ulterioare, până la prima adunare a creditorilor, deci întregul proces privind stabilirea pasivului patrimonial, constituie *operațiuni comune* atât reorganizării activității

debitorului (indiferent de varianta adoptată), cât și falimentului, și aceasta indiferent dacă debitorul se găsește în procedura generală sau în cea simplificată.

Acest aspect a fost evidențiat în doctrină^[1] imediat după apariția Legii nr. 64/1995, în forma sa inițială, arătându-se că procedura declarării, înregistrării și verificării creanțelor este o *procedură unică*, ce trebuie efectuată încă de la începutul procedurii, întrucât numai după stabilirea masei pasive și compararea ei cu masa activă se poate opta, după caz, pentru reorganizare sau lichidare.

În sprijinul opiniei exprimate anterior, vin și prevederile Codului insolvenței care, în art. 100 alin. (1) lit. c), stabilesc expres că *termenul de verificare a creanțelor* (ceea ce implică cu evidență și operațiunea de declarare și înregistrare a declarațiilor de creanță din partea creditorilor), având o anumită durată în cadrul procedurii generale și o alta în cadrul procedurii simplificate, curge de la unul și același moment, comun ambelor tipuri de proceduri [respectiv de la termenul-limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, potrivit art. 100 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței] și constituie punct de referință pentru calculul termenului de definitivare a tabelului [art. 100 alin. (1) lit. d) din Codul insolvenței], care este subsecvent termenului de verificare a creanțelor.

Cum *procedura simplificată* reprezintă, în esență, tot o procedură de faliment, apreciem că argumentele aduse în doctrină sub imperiul legii vechi își păstrează valabilitatea și pentru această formă a procedurii insolvenței. Dacă, pentru debitorul față de care s-a deschis procedura generală de insolvență, urmare a imposibilității reușitei de reorganizare a activității sale, s-a deschis procedura falimentului, iar operațiunile privind notificarea, declararea, înregistrarea, verificarea creanțelor, precum și cele premergătoare definitivării tabelului definitiv al creanțelor au fost îndeplinite față de acesta încă din faza de reorganizare^[2], este de la sine înțeles că astfel de operațiuni sunt reclamate și de către procedura simplificată de faliment.

În fond, indiferent că ne găsim într-o procedură generală sau simplificată de insolvență, stabilirea masei active și a celei pasive sunt obiective ce trebuie cu prioritate îndeplinite de practicianul în insolvență, în vederea acoperirii pasivului debitorului aflat în insolvență (deci, pentru realizarea chiar a scopului legii insolvenței).

9. Potrivit art. 100 alin. (1) din Codul insolvenței, *notificarea va cuprinde:*

a) termenul-limită de depunere, de către creditorii, a opozițiilor la sentința de deschidere a procedurii, pronunțată ca urmare a cererii formulate de debitor, în condițiile art. 71 alin. (1), precum și termenul de soluționare a opozițiilor, care nu va depăși 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora;

b) termenul-limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, care va fi de maximum 45 de zile de la deschiderea procedurii, precum și cerințele pentru ca o creanță înregistrată să fie considerată valabilă;

c) termenul de verificare a creanțelor, de întocmire și publicare în BPI a tabelului preliminar de creanțe, care nu va depăși 20 de zile pentru procedura generală sau, respectiv, 10 zile, în cazul procedurii simplificate, de la expirarea termenului prevăzut la lit. b);

[1] I. Băcanu, Patru cărți despre procedura reorganizării și lichidării judiciare, în R.D.C. nr. 5/1996, p. 164;

O. Căpățână, Faza stabilirii masei pasive în procedura insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 9/1997, p. 3-34.

[2] Potrivit principiului de drept *ubi eadem est ratio, eadem lex esse debet*.

d) termenul de definitivare a tabelului creanțelor, care nu va depăși 25 de zile în cazul procedurii generale și a celei simplificate, de la expirarea termenului corespunzător fiecărei proceduri, prevăzut la lit. c);

e) locul, data și ora primei ședințe a adunării generale a creditorilor, care va avea loc în maximum 5 zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. c).

Astfel, Codul insolvenței stabilește cu claritate *calendarul general* al desfășurării unei proceduri de insolvență, creându-se premisele desfășurării cu celeritate a procedurii, dar și ale scăderii presiunilor la care sunt supuși participanții la procedură.

Vom reda mai jos această schemă, alegând ca moment „0” data deschiderii procedurii:

0	1	2	3	4	5	6	7
	10z	20z	45z	72z	90z	72z	120z

0: deschiderea procedurii de insolvență

1: 0 + 10 zile – debitorul este obligat să depună actele și informațiile arătate în art. 67 alin. (1)

1: 0 + 10 zile de la notificare + maxim 10 zile de la depunerea eventualelor opoziții la cererea de deschidere a procedurii insolvenței introdusă de debitor – soluționarea eventualelor opoziții la cererea de deschidere a procedurii insolvenței făcută de debitor

2: 0 + maxim 45 de zile – creditorii sunt obligați să depună cererile de admitere a creanțelor

3: 0 + maxim 65 de zile – verificarea creanțelor de către administratorul judiciar, afișarea și publicarea tabelului preliminar de creanțe, în procedura generală

3': 0 + maxim 55 de zile – verificarea creanțelor de către administratorul judiciar, afișarea și publicarea tabelului preliminar de creanțe, în procedura simplificată

4: 0 + maxim 72 de zile – contestarea tabelului preliminar al creanțelor, în procedura generală

4': 0 + maxim 62 de zile – contestarea tabelului preliminar al creanțelor, în procedura simplificată

5: 0 + maxim 90 de zile – soluționarea contestațiilor și definitivarea tabelului creanțelor, în procedura generală

5': 0 + maxim 80 de zile – soluționarea contestațiilor și definitivarea tabelului creanțelor, în procedura simplificată

6: 0 + maxim 70 de zile – prima adunare a creditorilor, în procedura generală

6': 0 + maxim 60 de zile – prima adunare a creditorilor, în procedura simplificată

Credem că, prin hotărârea de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic va trebui să stabilească aceste termene, întrucât legea prevede numai maximul acestora.

În funcție de circumstanțele concrete ale fiecărei cauze și pentru motive temeinice, judecătorul-sindic poate stabili termene mai lungi decât cele prevăzute de art. 100 alin. (1) din Codul insolvenței, aceasta putând duce la soluționarea efectivă și eficientă a unor cauze, caracterizate prin complexitate, datorită numărului mare de creditori, ale căror sedii profesionale sunt situate pe o rază teritorială mai întinsă (și care nu și-au ales reprezentanți în țară) etc.

Astfel, judecătorul-sindic va putea hotărî *majorarea*, justificată, a termenelor prevăzute la art. 100 alin. (1) lit. b), c) și e) cu maximum 30 zile. În caz de majorare a acestor

termene, întinderea acestora va fi cea menționată la care se adaugă termenul corespunzător, cu mențiunea că solicitarea extinderii acestor termene să fi fost solicitată anterior împlinirii lor.

Considerăm însă că majorarea termenelor prevăzute de legiuitor în privința calendarului stabilit pentru stabilirea pasivului patrimonial, prin raportare la regula stabilită anterior, are caracter de excepție, fiind justificată pe baze temeinice.

§2. Comunicarea deschiderii procedurii și efectul acesteia

10. Dispozițiile art. 76 din Codul insolvenței, în continuarea prevederilor art. 75, dar și în vederea susținerii acestora, stabilesc ca, prin sentința de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic să dispună *comunicarea* acesteia către instanțele judecătorești în a căror jurisdicție se află sediul debitorului declarat la registrul comerțului și tuturor băncilor unde debitorul are deschise conturi.

Dispozițiile acestui articol întăresc efectul suspensiv asupra acțiunilor judiciare și extrajudiciare, ca urmare a deschiderii procedurii insolvenței. Hotărârea nu se comunică tuturor instanțelor judecătorești, ci doar celor aflate în jurisdicția în care este înregistrat sediul debitorului, conform evidențelor registrului comerțului^[1]. Prevederea legală se explică prin aceea că legiuitorul a prezumat că majoritatea acțiunilor judiciare supuse suspendării se pot afla pe rol la instanța în raza căreia se află sediul debitorului, acolo unde, de regulă, se află și bunurile debitorului, iar pentru disponibilități bănești a vizat băncile. Tribunalul va avea în vedere și alte instanțe dacă sunt indicii că trebuie efectuată și acestora comunicarea referitoare la deschiderea procedurii.

Este indicat ca practicianul în insolvență să formuleze cererile de suspendare a acțiunilor judiciare sau executărilor silite, mai ales în lipsa unui demers al părților în acest sens, indicând la dosarul acestora și dosarul în care s-a deschis procedura insolvenței, pentru ca reclamantul să se îndrepte cu declarație de creanță în cadrul acestuia din urmă.

În cazul în care o bancă este și creditor al debitorului, se justifică mutarea eventualului cont deținut de debitor la aceasta, pentru că banca poate fi tentată să-și îndeostuleze creanța din contul respectiv. Dacă contul este blocat prin poprire, se va cere ridicarea popririi instituite și transferarea soldului creditor în contul de lichidare al debitorului.

Conform art. 86 alin. (1) din cod, prin sentința sau, după caz, încheierea având drept efect ridicarea dreptului de administrare, judecătorul-sindic va da dispoziții tuturor băncilor la care debitorul are deschise conturi să nu dispună de sume fără un ordin al administratorului judiciar/lichidatorului judiciar. Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va comunica de urgență băncilor instituirea acestei interdicții.

§3. Menționarea deschiderii procedurii în registrele de publicitate

11. *Mențiunea privind deschiderea procedurii de insolvență* se va înscrie, ca urmare a notificării făcute de administratorul judiciar, la oficiul registrului comerțului sau, după caz, în registrul societăților agricole ori în alte registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, în urma primirii notificării prevăzute de art. 99.

Nu numai executarea atribuției privind înscrierea mențiunii referitoare la deschiderea procedurii de insolvență este dată de lege în competența administratorului judiciar,

^[1] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 184.

din punct de vedere administrativ, ci și competența în ceea ce privește conceperea și determinarea conținutului concret a notificării.

Cu toate că elementele notificării sunt stabilite cu caracter imperativ de lege, prin art. 100, și chiar dacă orice act întocmit de administratorul judiciar este supus controlului judecătoresc, nu putem să nu evidențiem degrevarea judecătorului-sindic de aducerea la îndeplinire a anumitor atribuții cu caracter administrativ și conferirea acestora *administratorului judiciar*. Aceasta deoarece, cel puțin în ceea ce privește conținutul notificării în legătură cu deschiderea procedurii de insolvență, sarcina administratorului judiciar se dovedește a fi una de responsabilitate maximă, prin menționarea termenelor după care se va desfășura întregul proces de stabilire a masei pasive a debitorului.

De aceea, subliniem că atribuțiile privind *întocmirea notificării* privind deschiderea procedurii și *comunicarea* acesteia entităților menționate de art. 99 alin. (1) din cod revin deopotrivă și *lichidatorului judiciar*, în situația în care debitorul face parte din categoria celor arătați în art. 38 alin. (2) din cod și, în consecință, va intra direct în procedura simplificată de faliment.

Potrivit art. 101 alin. (2) din cod, dacă debitorul are *bunuri supuse transcripției, inscripției sau înregistrării în registrele de publicitate*, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va trimite instanțelor, autorităților ori instituțiilor care țin aceste registre o copie de pe sentința de deschidere a procedurii, spre a se face mențiune, scopul acesteia fiind de a înștiința terții despre situația particulară a încheierii unei convenții asupra aceluși bun^[1].

Ca urmare, comunicarea notificării privind deschiderea procedurii de insolvență, indiferent că debitorul va intra în procedura generală sau în procedura simplificată de faliment, către toate instituțiile care, prin lege sunt obligate să țină evidența celor înscrise în registrele lor (registrarul comerțului, registrarul societăților agricole etc.) se face în scop de informare a acestor entități cu privire la situația specială, de insolvență, în care se găsește de la data deschiderii procedurii debitorul^[2]. Cum astfel de entități sunt publice, în sensul că permit accesul la anumite dintre informațiile deținute oricărei persoane interesate, înseamnă că *funcția informativă* se va realiza nu numai față de aceste instituții, privite ca entități închise, ci față de publicul larg, care poate obține informații despre starea de insolvență a partenerului lor (partener existent sau eventual). În felul acesta, chiar dacă actele debitorului nu vor purta mențiunile prevăzute de lege, conform art. 83 din cod (situație în care, dacă terții de bună-credință vor suporta un prejudiciu, răspunzători vor fi cei care dețin calitatea de reprezentant legal al debitorului, respectiv administratorul special, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar), terții au posibilitatea de a lua la cunoștință despre starea de insolvență a debitorului printr-o simplă lectură a informațiilor prezentate pe pagina de internet a acestor instituții și de a evita încheierea de acte juridice cu debitorul, pe care acesta din urmă nu le poate aduce la îndeplinire.

Pe această cale de apărare pusă la dispoziția terților de către legiuitor, se urmărește evitarea litigiilor în care calitatea de parte să o aibă o persoană de bună-credință, care încheie relații contractuale cu debitorul, pornind de la încrederea în acesta.

[1] I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 429.

[2] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 343.

12. Însă, potrivit art. 84 alin. (1) din cod, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii^[1] sunt *nule*, cu excepția celor autorizate de judecătorul-sindic, avizate de administratorul judiciar și a cazurilor prevăzute de art. 87 din Cod, care arată că, în perioada de observație, debitorul poate continua activitățile curente și poate face plăți către creditorii cunoscuți, încadrate la rândul lor în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente.

Textele legale menționate anterior permit decelarea concluziei potrivit căreia, cu atât mai mult, *debitorului intrat în procedura simplificată i se interzice încheierea oricărui act, operațiune sau plată ulterior deschiderii procedurii simplificate, singura excepție vizând actele, operațiunile sau plățile autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de lichidatorul judiciar*. Aceasta deoarece procedura simplificată nu cunoaște perioada de observație (ca regulă), deși traversează totuși o perioadă preparatorie [perioada de la data deschiderii procedurii și până la întocmirea raportului prevăzut de art. 92 alin. (1)]. Față de exprimarea neechivocă a legiuitorului^[2], apreciem că ar fi supuse autorizării/avizării orice act, operațiune sau plată, indiferent de tipul sau de natura acestora. Astfel, lichidatorul judiciar din procedura simplificată, în calitate de reprezentant legal al debitorului, va putea aviza efectuarea actelor, operațiunilor sau plăților de orice fel, fără a mai fi obligat să ceară, la rândul său, aprobarea comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii sale.

În cadrul procedurii simplificate, cu toată formularea expresă a textului art. 84 alin. (3), considerăm că și lichidatorul are obligația de a întocmi și de a păstra o listă cuprinzând toate încasările, plățile și compensările efectuate după deschiderea procedurii, cu precizarea naturii și valorii acestora și a datelor de identificare a cocontractanților. Aceasta deoarece în atribuțiile lichidatorului judiciar prevăzute de art. 64 legea dă acestuia competența de a încasa creanțe, de a urmări încasarea de creanțe, de a primi plăți pe seama debitorului.

Însă, pentru debitorul intrat în *procedura generală*, art. 87 nu aduce nicio restrângere. Potrivit art. 87 alin. (2) din cod, actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile menționate la alin. (1) vor putea fi autorizate în exercitarea atribuțiilor de supraveghere de administratorul judiciar; acesta va convoca o ședință a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii acesteia.

Când debitorul păstrează conducerea activității sale, activitățile curente și plățile corespunzătoare acestei noțiuni sunt desfășurate de *debitor, sub supravegherea administratorului judiciar*. În situația în care debitorului i-a fost ridicat dreptul de administrare, aceste activități și plăți sunt efectuate tot de *debitor, sub conducerea administratorului judiciar*. În fapt, apreciem că ridicarea dreptului de administrare al debitorului echivalează cu îndeplinirea activităților curente și a oricărui alt act, operațiune sau plată ce corespunde noțiunii de curent de către însuși administratorul judiciar. Noțiunea de conducere echivalează aici cu adoptarea deciziei.

Dar, pentru actele, operațiunile și plățile către creditorii cunoscuți, care depășesc condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, debitorul intrat în procedura generală și căruia nu i s-a ridicat dreptul de administrare are nevoie de *autorizarea administratorului judiciar*, care va convoca o ședință a comitetului creditorilor în vederea

^[1] Cum legea nu distinge, apreciem că este vorba atât de procedura generală, cât și de procedura simplificată.

^[2] Aceste considerații privind procedura simplificată își găsesc aplicabilitatea și în procedura falimentului (din cadrul procedurii generale).

supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii acesteia.

În cazul în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare, operațiunea va fi efectuată de către acesta *cu aprobarea comitetului creditorilor*, fără a fi necesară cererea administratorului special.

Tot pentru debitorul din procedura generală, în timpul perioadei de observație, sunt incidente, alături de dispozițiile art. 87 din cod, și dispozițiile relative la *autorizarea judecătorului-sindic* privind actele, operațiunile și plățile efectuate ulterior deschiderii procedurii (art. 84). Astfel, actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt perfect valabile în condițiile în care sunt efectuate cu autorizarea judecătorului-sindic.

Legea nu prevede nicio *sanctiune* specială în situația neefectuării mențiunilor corespunzătoare în registrele de publicitate, astfel încât norma juridică apare ca având caracter de recomandare, cu toată formularea imperativă a textului. Totuși, sunt incidente prevederile legale referitoare la posibilitatea judecătorului-sindic de a sancționa cu *amendă* sau de a-l *înlocui* pe practicianul în insolvență, inclusiv cele privind obligarea acestuia la repararea prejudiciului cauzat terților de bună-credință.

§4. Însemnele insolvenței

13. Potrivit dispozițiilor cuprinse de art. 83 din Codul insolvenței, după rămânerea definitivă a hotărârii de deschidere a procedurii, toate actele și corespondența emise de debitor, administratorul judiciar sau lichidator vor cuprinde, în mod obligatoriu și cu caractere vizibile, în limba română, engleză și franceză, mențiunea *în insolvență, in insolvency, en procedure collective*.

De asemenea, după intrarea în reorganizare judiciară sau faliment, actele și corespondența vor purta, în condițiile prevăzute la alin. (1), mențiunea *în reorganizare judiciară, in judicial reorganization, en redressement* sau, după caz, *în faliment, in bankruptcy, en faillite*. După intrarea în procedura simplificată se va face, de asemenea, mențiunea *în faliment, in bankruptcy, en faillite*.

Dacă debitorul deține sau administrează una sau mai multe pagini de internet, organele de conducere ale acestuia sunt obligate să publice pe paginile de internet proprii, în termen de 24 de ore de la data comunicării hotărârii de deschidere a procedurii, informațiile referitoare la starea societății, precum și numărul, data și instanța care a pronunțat hotărârea.

Prejudiciile suferite de terții de bună-credință, ca urmare a nerespectării obligației debitorului menționate la alin. (1)-(3), vor fi reparate în mod exclusiv de persoanele care au încheiat actele ca reprezentanți legali ai debitorului, fără a fi atinsă averea debitorului.

În raport cu rămânerea definitivă a hotărârii de deschidere a procedurii, toate actele și corespondența cu privire la procedură emise de debitor și de practicianul în insolvență desemnat trebuie în mod obligatoriu să cuprindă mențiunea în sensul că debitorul respectiv se află în insolvență, în toate cele trei limbi indicate și cu caractere vizibile. Scopul acestei mențiuni este de a se înștiința terțele persoane despre faptul că debitorul se află în stare de insolvență.

Mențiunea trebuie efectuată începând cu momentul rămânerei definitive a hotărârii de deschidere a procedurii generale, pe toată durata perioadei de observație. Rămânerea definitivă se apreciază în raport cu prevederile art. 634 alin. (1) pct. 4 NCPC, având în

vedere situația în care deschiderea procedurii se poate dispune doar printr-o hotărâre dată în primă instanță și intervine astfel: de la data la care expiră termenul de apel în cazul hotărârii de primă instanță care nu s-a atacat cu apel și, respectiv, la data deciziei prin care s-a respins apelul, în cazul în care hotărârea judecătorului-sindic este atacată cu apel.

Remarcăm că, spre deosebire de caracterul executoriu al hotărârilor pronunțate de judecătorul-sindic, consacrat în art. 46 alin. (1) din cod, în situația obligației de a purta însemnele insolvenței textul art. 83 prevede că aceasta își găsește aplicarea numai după rămânerea ei definitivă. Scopul acestei derogări pare a fi tot protecția creditorilor, care ar fi induși în eroare de efectuarea unei astfel de mențiuni în perioada scursă între pronunțarea hotărârii de primă instanță prin care s-a deschis procedura insolvenței și eventuala ei anulare sau schimbare, în apel, când ar dispărea această obligativitate, dar și pentru protecția debitorului, tocmai din rațiunea de a-l scuti de eventuale pierderi pricinuite în aceeași perioadă de timp.

Obligația consemnării în toate actele și în corespondență a stării de insolvență revine debitorului și atunci când i se păstrează dreptul de administrare. În acest caz, potrivit legii, administrarea poate fi efectuată de către administratorul special, căruia îi revine această obligație de publicitate^[1].

După rămânerea definitivă a hotărârii de confirmare a planului, respectiv de trecere la faliment (sau, după caz, de deschidere a procedurii simplificate), conținutul mențiunii se schimbă, în sensul că va fi în reorganizare, respectiv, în faliment, dar în aceleași condiții menționate la alin. (1).

Mențiunea nu se aplică doar pe actele sau corespondența debitorului, ci și pe acelea ale practicianului desemnat în cauză, referitor, bineînțeles, doar la debitor și procedura derulată împotriva acestuia. Obligația efectuării mențiunilor privește persoana căreia îi revine dreptul de conducere, sub aspectul calității de reprezentare legală a debitorului: administratorului statutar/special sau practicianului în insolvență.

Terțe persoane prejudiciate ca urmare a neefectuării mențiunii în condițiile arătate au dreptul la *reparații* exclusiv din partea persoanelor cărora le revine legal obligația de efectuare a mențiunii, din averea acestora, iar nu a debitorului^[2].

Aprecierea naturii juridice a eventualei acțiuni în despăgubiri formulate de o terță persoană prejudiciată trebuie să rețină omisiunea efectuării mențiunii ca faptă în sarcina nu a debitorului în sine, ci a persoanei având calitatea de reprezentant legal al acestuia, și nu în contextul unui regim juridic obișnuit, ci al reglementării legale speciale a procedurii insolvenței.

În mod evident, este vorba de un caz de *răspundere civilă delictuală pentru fapta proprie* a persoanei, potrivit Codului civil, dar nu se poate ignora faptul că, în mod specific, prin omiterea mențiunii, persoana respectivă nu aduce la îndeplinire o regulă a procedurii insolvenței, debitorul aflându-se sub imperiul procedurii insolvenței, iar nu într-o activitate normală. Față de cele arătate, nu se justifică reținerea unei răspunderi proprii a debitorului și aceasta chiar dacă este vorba de o faptă a reprezentantului său, deoarece trebuie avut în vedere că nu este vorba despre o reprezentare legală în sensul dreptului comun, ci de una *specifică*, proprie procedurii insolvenței. Dacă s-ar accepta fără distincție, exclusiv prin prisma dreptului comun, că situația ar implica un raport între debitorul

[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 203.

[2] A. Avram, Procedura insolvenței. Efectele deschiderii procedurii. Primele măsuri, Ed. Hamangiu, București, 2010, p. 82-83.

având calitate de comitent și reprezentantul de prepus, s-ar ajunge la reținerea culpei debitorului implicat în procedură, contrar dispozițiilor exprese ale art. 83 alin. (4)^[1].

În condițiile în care privește o terță persoană prejudiciată și un reprezentant al debitorului, iar nu debitorul în sine, obiectul acțiunii în despăgubire nu are legătură cu obiectul procedurii de insolvență, chiar dacă este circumstanțiat acesteia, astfel că nu este atrasă competența judecătorului-sindic în soluționarea acțiunii respective, ci a instanței de drept comun^[2]. Nefiind formulată împotriva debitorului, acțiunea în pretenții nu va fi supusă nici suspendării în baza art. 75.

Pentru a putea avea câștig de cauză, terțele persoane trebuie, însă, să fi fost *de bună-credință*, în sensul că nu trebuie să fi avut cunoștință, la data la care s-au raportat la actul, corespondența din care s-a omis mențiunea, cu consecința prejudicierii lor, că față de debitor s-ar fi deschis procedura, s-ar fi confirmat planul sau s-ar fi trecut la falimentul debitorului. În caz contrar, terțele persoane nu vor putea imputa prejudiciul decât în raport cu conduita propriei persoane. Buna-credință se prezumă, astfel că îi revine pârâtului sarcina de a face proba contrară în sensul că persoana prejudiciată ar fi cunoscut, de fapt, că debitorul se află în cadrul procedurii, pentru a răsturna astfel prezumția de bună-credință^[3].

§5. Suspendarea tranzacționării acțiunilor debitorului și retragerea valorilor mobiliare

14. Potrivit art. 81 alin. (1) din Codul insolvenței, ca urmare a deschiderii procedurii și până la data confirmării planului de reorganizare, *acțiunile societăților emitente*, în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, cu modificările și completările ulterioare, *se suspendă de la tranzacționare* cu începere de la data primirii comunicării de către Autoritatea de Supraveghere Financiară^[4].

Din moment ce față de societatea emitentă s-a deschis procedura insolvenței, deoarece nu mai poate continua o activitate normală, nici tranzacționarea pe piața de capital a acțiunilor acesteia nu mai poate continua.

Suspendarea intervine *de drept*, dar nu începe efectiv de la data deschiderii procedurii, ci de la data înregistrării primirii de către Autoritatea de Supraveghere Financiară a adresei prin care i se comunică hotărârea de deschidere a procedurii^[5].

În ceea ce privește *durata*, legiuitorul a prevăzut suspendarea „până la data confirmării planului de reorganizare”. Deci suspendarea de la tranzacționare se justifică doar în perioada de observație. În cazul reorganizării propriu-zise, generată de confirmarea unui plan, în planul respectiv legea prevede posibilitatea adoptării unor măsuri de redresare a activității care includ și acțiunile existente sau chiar emiterea de noi acțiuni, inclusiv tranzacționarea acestora. În plus, activitatea în perioada de reorganizare este apropiată de activitatea normală, chiar dacă este subordonată clauzelor planului; oricum, în perioada de reorganizare propriu-zisă, nu scopul delimitării și conservării averii debitorului este prioritar (acesta putând fi influențat de tranzacționarea acțiunilor emise de debitor), iar

^[1] *Idem*, p. 83.

^[2] Gh. Piperea, op. cit., p. 567.

^[3] *Ibidem*.

^[4] Sunt vizate toate acțiunile societăților emitente în sensul Legii nr. 297/2004 privind piața de capital, indiferent de deținător.

^[5] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 168.

activitatea debitorului nu se limitează obligatoriu la activitatea continuată din perioada de observație. Prin urmare, în perioada de reorganizare nu se justifică măsura suspendării de la tranzacționare, ba chiar evoluția valorii acțiunilor pe piață poate constitui un barometru al evoluției debitorului în raport cu aplicarea planului.

Totodată, în perioada suspendării, sunt afectate doar acțiunile, nu și celelalte valori mobiliare, cum este cazul obligațiunilor emise de societățile pe acțiuni^[1].

În cazul procedurii falimentului, intervine dizolvarea pentru lichidarea bunurilor debitorului în vederea plății creanțelor și chiar dacă la momentul închiderii acestei proceduri toate creanțele au fost acoperite și au mai rămas bunuri în averea debitorului, legea prevede radierea acestuia, cu transmiterea eventualelor bunuri rămase către asociați, astfel că acțiunile emise de debitor rămân practic o formă fără conținut (și valoare) și, prin urmare, în mod obiectiv nu se mai justifică tranzacționarea lor.

Articolul 81 alin. (2) prevede că, în cazul în care se trece la faliment, se impune retragerea nu numai a acțiunilor, ci și a celorlalte valori mobiliare emise de debitor, de pe piața pe care sunt tranzacționate: obligațiuni, instrumente financiare derivate etc. Trecerea, în cadrul procedurii, la faliment, nu este de natură să mai permită revenirea la un plan.

În mod simetric, retragerea intervine efectiv la data primirii de către Autoritatea de Supraveghere Financiară a hotărârii de intrare în faliment. Valorile mobiliare nu se retrag pe perioada de observație, ci doar la trecerea în faliment^[2].

§6. Menținerea furnizării utilităților

15. Articolul 77 din Codul insolvenței impune ca orice furnizor de servicii – electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice sau altele asemenea – să nu aibă dreptul, în perioada de observație și în perioada de reorganizare, să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitor sau către averea debitorului, în cazul în care acesta are calitatea de *consumator captiv*, potrivit legii^[3].

Legea are în vedere ca, odată cu deschiderea procedurii și cu publicarea acesteia în BPI, partenerii de afaceri ai debitorului să nu considere noua situație de natură a conduce la imposibilitatea plății contravalorii serviciilor furnizate și, astfel, să le întrerupă. Orice astfel de impediment ar putea conduce la imposibilitatea realizării unei redresări a debitorului.

Potrivit art. 5 pct. 10 din Codul insolvenței, prin consumator captiv se înțelege consumatorul care, din considerente tehnice, economice sau de reglementare, nu poate alege furnizorul.

La deschiderea procedurii se poate constata că o serie de contracte de servicii, privind furnizarea de utilități, al căror beneficiar este debitorul, sunt deosebit de împovăratore pentru acesta și, dacă se poate găsi un furnizor de servicii la un preț mai mic, în contextul aplicării dispozițiilor art. 123 din Codul insolvenței, practicianul va putea proceda la denunțarea acestor contracte și va putea încheia un contract de furnizare de utilități mai favorabil, pentru maximizarea averii debitorului.

Uneori, fără a mai prezenta relevanță prețul, debitorul nici nu are alternativa încheierii de contracte cu un alt furnizor de servicii similare. Încheierea, continuarea, nemo-

^[1] St.D. Cârpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea, Societățile comerciale, Reglementare, doctrină, jurisprudență, Ed. All Beck, 2002, p. 398 și urm.

^[2] Gh. Piperea, op. cit., p. 568.

^[3] I. Turcu, Legea (...), p. 308.

ificarea furnizării de utilități îi sunt, însă, necesare debitorului pentru continuarea unor activități (de exemplu, este nevoie de electricitate pentru asigurarea pazei bunurilor, de apă pentru că debitorul are o fabrică de conserve). Pentru că debitorul se află în încetare de plăți, furnizorul este interesat să nu mai continue executarea contractului de furnizare, dat fiind șansele mari de a nu mai obține contravaloarea serviciilor și devine tentat în a iniția modificarea, întreruperea sau refuzul furnizării. Totuși, legea prevede în mod imperativ, și nu facultativ, continuarea prestării serviciului^[1].

Pentru această din urmă ipoteză, dispozițiile art. 77 vin să protejeze situația debitorului, în sensul că furnizorul este *obligat să continue contractul* cu debitorul, condiția fiind, însă, ca debitorul să reprezinte față de furnizor un consumator captiv, adică să nu poată apela la un alt furnizor din motive tehnice (de exemplu, dacă în zonă nu se află decât rețeaua de distribuție a unui singur distribuitor de gaze), economice (de exemplu, debitorul ar putea aduce apă de la o distanță mai mare, dar evident ar crește costurile de aprovizionare) sau de reglementare (de exemplu, în cazul în care deși sunt și alți furnizori în zonă, prin lege s-a prevăzut ca debitorul să poată apela doar la acela care îndeplinește o anume calitate). Această protecție se justifică îndeosebi în perioada de observație (în special în cazul în care se justifică continuarea activității debitorului) și în perioada de reorganizare judiciară propriu-zisă, de aplicare a planului confirmat, tocmai pentru a nu se compromite realizarea reorganizării judiciare, scopul fiind menținerea averii debitorului cel puțin în parametrii existenței la deschiderea procedurii și, respectiv, asigurarea posibilităților de reorganizare (când asigurarea utilităților condiționează chiar derularea activităților prevăzute prin plan).

Dar, exclusiv în perioada de reorganizare propriu-zisă, potrivit art. 142 din Codul insolvenței, prin excepție de la dispozițiile art. 77, judecătorul-sindic poate să dispună, la cererea furnizorului, ca debitorul să depună o *cauțiune* la o bancă, pentru ca furnizorul, indiferent dacă față de acesta debitorul este captiv sau nu, să continue livrarea utilităților. Stabilirea cauțiunii este însă facultativă și nu va putea depăși 30% din costul serviciilor prestate debitorului și neachitate ulterior deschiderii procedurii. Este vorba deci de 30% din contravaloarea serviciilor intervenite după deschiderea procedurii^[2].

Aceasta, în contextul în care, în raport cu dispozițiile art. 102 alin. (6) din Codul insolvenței, în cazul tuturor creanțelor născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare, acestea vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, *nefiind necesară înscrierea la masa credală*, aceste dispoziții aplicându-se în mod corespunzător și pentru creanțele născute în procedura falimentului. În ceea ce privește eventualele creanțe anterioare deschiderii procedurii, furnizorii, în general, nu pot fi tratați într-un mod mai favorabil decât ceilalți creditori.

În același context, în vederea analizării în mod coroborat a textelor de lege, trebuie amintite și dispozițiile art. 134 alin. (1) privind posibilitatea constituirii unei categorii separate de creditori, și anume *creditorii indispensabili*, care sunt furnizorii fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți.

Într-o opinie apreciindu-se că și acești creditori votează planul, s-a considerat că și creanțele lor, pentru ceea ce au furnizat după deschiderea procedurii, trebuie în mod obligatoriu să fie incluse în plan.

Într-o altă opinie, s-a considerat că valoarea serviciilor intervenite după deschiderea procedurii reprezintă, practic, *cheltuieli de administrare a procedurii* și, prin urmare, nu

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 326.

[2] Idem, p. 330.

trebuie în mod obligatoriu inclusă în plan. Această din urmă interpretare considerăm că este cea adecvată^[1].

În cadrul acesteia, includerea în planul de reorganizare se referă la menționarea acestor creanțe în programul de plată a creanțelor cuprins în planul respectiv, program de plăți care, potrivit art. 5 pct. 53 din lege, se raportează la tabelul definitiv de creanțe, la care se ajunge în urma derulării procedurii de verificare, pornindu-se de la declarațiile de creanță, iar acestea din urmă se pot formula, potrivit art. 102 alin. (1), doar pentru creanțe anterioare deschiderii procedurii. Or, creanțele născute în perioada de observație provin îndeosebi din continuarea activității potrivit art. 87 și art. 123 sau în contextul prevăzut de art. 77 și, evident, sunt ulterioare deschiderii procedurii; în raport cu acestea, dispozițiile art. 134 alin. (1) au caracter de excepție, iar constituirea și includerea în plan, în vederea plății, a categoriei respective de creanțe este prevăzută oricum cu caracter facultativ, deci nu obligatoriu. Față de prevederile art. 77, oricum furnizorii respectivi nu ar putea împiedica furnizarea serviciului, dar uneori, pentru administrarea eficientă a procedurii, participarea benevolă a acestora poate fi obținută dacă sunt asigurați de plata contravalorii serviciilor furnizate și prin planul de reorganizare.

Secțiunea a 4-a. Debitorul și conducătorii acestuia

16. Protecția conferită de lege întreprinderii, activității și, în fine, creditorilor se reflectă și în măsurile luate, după pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii, asupra fostelor organe de conducere ale debitorului. Totodată, sunt impuse limite creditorilor, în vederea instituirii „concursei” între ei și a controlului judiciar al legalității măsurilor întreprinse de practicianul în insolvență desemnat să conducă activitatea sau doar să lichideze bunurile și să acopere pasivul debitorului.

Unele diferențe apar în situația continuării activității și după deschiderea procedurii, dar și în privința modului de gestionare a acesteia.

§1. Ridicarea dreptului de administrare

17. Originea instituției *ridicării dreptului de administrare*^[2] se regăsește în dreptul român, fiind cunoscută sub denumirea *missio in possessionem* sau *missio in bona*. Triumful execuției asupra patrimoniului persoanei în detrimentul execuției asupra persoanei însăși are drept consecință directă desesizarea falitului și administrarea bunurilor acestuia de către un *curator bonorum*.

Cu toate acestea, reglementarea legală a instituției apare abia în Codul comercial francez din 1808, sub denumirea de *dessaisement* și cu înțelesul de depozitare, dar nu de expropriere, deoarece falitul păstrează proprietatea asupra bunurilor sale, însă este lipsit de atributele esențiale ale acesteia (*usus, fructus și abusus*).

Deschiderea procedurii insolvenței antrenează desesizarea debitorului, administrarea averii sale trecând fie la administratorul judiciar sau la lichidatorul judiciar, fie la administratorul special, după cum debitorul și-a exprimat sau nu intenția de reorganizare.

[1] A. Avram, op. cit., p. 41.

[2] M. Pașcanu, Drept falimentar român, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 15-16; C.C. Bălescu, Curs de drept comercial, editat de Gh.I.T. Badea, vol. II, 1946, p. 310.

Desesizarea debitorului se produce fie prin efectul legii, fie prin hotărârea judecătorului-sindic^[1].

Dacă debitorului nu îi este permisă reorganizarea sau, deși îi este permisă reorganizarea, nu a formulat în termen legal declarație de intenție de reorganizare, administrarea averii sale trece *la administratorul judiciar sau la lichidatorul judiciar*, care vor avea și calitatea de reprezentanți legali ai debitorului. În această situație, administratorul special nu este reprezentantul debitorului, ci reprezentantul acționarilor sau al asociațiilor debitorului persoană juridică.

Dacă debitorul persoană juridică și-a exprimat intenția de reorganizare, administrarea averii sale este încredințată *administratorului special*, care îi înlocuiește de drept, pe data numirii sale, pe administratorii statutari ai debitorului. Așadar, și în acest caz, debitorul persoană juridică este, practic, *desesizat*, din moment ce managementul său, aflat în funcție la data deschiderii procedurii, își vede mandatul întrerupt, în favoarea administratorului special^[2].

Potrivit art. 85 din Codul insolvenței: „(1) Deschiderea procedurii ridică debitorului dreptul de administrare, constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea dacă nu și-a declarat intenția de reorganizare, în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g). Ridicarea dreptului de administrare se dispune și în cazul în care debitorul nu și-a declarat intenția de reorganizare în termenul prevăzut la art. 74. (2) Cu excepția cazurilor expres prevăzute de lege, prevederile alin. (1) sunt aplicabile și în legătură cu bunurile pe care debitorul le-ar dobândi ulterior deschiderii procedurii. (3) Judecătorul-sindic va putea ordona ridicarea, în tot sau în parte, a dreptului de administrare al debitorului odată cu desemnarea unui administrator judiciar, indicând totodată și condițiile de exercitare a conducerii activității debitorului. (4) Dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune deschiderea falimentului. (5) Creditorii, comitetul creditorilor ori administratorul judiciar pot oricând adresa judecătorului-sindic o cerere de a se ridica debitorului dreptul de administrare, cu condiția dovedirii pierderilor continue din averea debitorului sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate. (6) Judecătorul-sindic va examina, în termen de 15 zile, cererea prevăzută la alin. (5), într-o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar, comitetul creditorilor și administratorul special. (7) De la data intrării în faliment, debitorul va putea desfășura doar activitățile ce sunt necesare derulării operațiunilor lichidării”.

Deschiderea falimentului implică dintotdeauna regula desesizării debitorului atât de bunurile sale, sub aspectul administrării și dispoziției asupra acestora, cât și de conducerea activității, în condițiile în care în faliment mai pot fi desfășurate, în principiu, doar activitățile necesare derulării operațiunilor lichidării. Aceste activități nu mai au legătură, însă, cu dreptul de administrare, a cărei exercitare, în urma dizolvării debitorului persoană juridică, încetează de drept. În această situație, dispunerea, prin hotărârea de trecere la faliment, a ridicării dreptului de administrare constituie, în cazul debitorului persoană juridică, doar un aspect formal, în scopul sublinierii faptului că dreptul respectiv încetează să mai existe și are, însă, un caracter obiectiv în cazul debitorului persoană fizică, față de care nu intervine dizolvarea. În plus, spre deosebire de perioada de observație din procedura generală, în perioada de faliment, eventualele activități derulate de debitor

^[1] F. Moțiu, D.D. Moțiu, Dreptul de administrare al debitorului în cadrul procedurii reorganizării și a falimentului prevăzută de Legea nr. 64/1995, în R.D.C. nr. 6/2005, p. 19.

^[2] Gh. Piperea, op. cit., p. 562.

privesc doar lichidatorul judiciar, iar nu și administratorul statutar sau special, deoarece activitățile respective nu mai pot fi caracterizate juridic, în primul rând, drept o continuare a activității curente, ci drept activități necesare derulării operațiunilor lichidării, chiar dacă, din punct de vedere material, pot avea același conținut.

Prin urmare, în cazul trecerii la faliment, interpretarea dispozițiilor legale privind ridicarea dreptului de administrare este clară, falimentul atrăgând desesizarea debitorului în ceea ce privește conducerea activității, administrarea bunurilor și dispoziția asupra acestora, în raport cu încetarea de drept a dreptului de administrare.

18. Problemele de reglementare în legătură cu desesizarea debitorului au apărut odată cu extinderea procedurii insolvenței în sensul instituirii posibilității de reorganizare judiciară anterior trecerii la faliment, ca o excepție de la regula falimentului. În raport cu ceea ce presupune reorganizarea judiciară, adică desfășurarea de către debitor a unei activități, în baza bunurilor deținute, desesizarea debitorului ca urmare a deschiderii procedurii generale, referitor la toate cele trei atribute ale dreptului de administrare, nu mai poate fi la fel de radicală ca în cazul deschiderii în mod direct a procedurii falimentului. Din moment ce se urmărește realizarea reorganizării judiciare a activității debitorului, ar fi nepractic și contrar principiului maximizării averii debitorului ca în perioada de observație să înceteze total activitatea debitorului, pentru ca apoi să fie reluată în cadrul reorganizării judiciare. S-a dat astfel curs cerinței continuării activității curente în perioada de observație, în limita menținerii contractelor debitorului, fără ca această activitate să echivaleze în mod obligatoriu cu activitatea obișnuită derulată de debitor anterior deschiderii procedurii. Atât reorganizarea judiciară propriu-zisă, cât și continuarea activității curente reclamă, însă, în mod evident, exercitarea unora sau altora dintre atributele dreptului de administrare, într-o măsură mai mare sau mai mică. În același timp, deschiderea procedurii nu poate fi lipsită de efecte specifice, aferente în general realizării intereselor creditorilor, în condițiile în care plata creanțelor acestora constituie scopul procedurii insolvenței. În raport cu starea de insolvență a debitorului, creditorii nu mai au încredere în conducerea activității debitorului de către administratorii statuari și nici nu mai pot să riște ca același management să exercite dreptul de administrare și dispoziție asupra bunurilor debitorului, impunându-se ca această situație să capete și valențe juridice^[1].

În raport cu acest context, legiuitorul român a procedat la reglementarea legală a dreptului de administrare. Sub acest aspect, dispozițiile principale din Codul insolvenței sunt cele prevăzute de art. 85 alin. (1)-(5), referitoare la ridicarea dreptului de administrare în funcție de etapele procedurii, precum și cele prevăzute de art. 5 pct. 4, art. 54, art. 87, art. 141 alin. (2), art. 145, referitoare la stabilirea persoanelor cărora le revin atribuții în legătură cu dreptul de administrare.

Din formularea art. 85 alin. (1) teza I, rezultă că în raport cu *deschiderea procedurii generale*, aceasta are ca efect *ridicarea dreptului de administrare* (regula), efect care, potrivit tezei a II-a, nu intervine dacă debitorul și-a declarat intenția de reorganizare în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g) sau, după caz, în cazul prevăzut la art. 74, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii (excepția).

Deschiderea procedurii insolvenței constituie un eveniment major pentru debitor, însemnând încetarea activității obișnuite și intrarea debitorului sub imperiul unei

^[1] În acest sens, I. Turcu, Consecințele deschiderii procedurii insolvenței comercianților, în R.D.C. nr. 1/2003, p. 21.

proceduri judiciare, implicând o situație nouă și o reglementare a activității sale specială și distinctă de aceea care îi era aplicabilă anterior^[1].

Potrivit dispozițiilor art. 85 alin. (3), ridicarea dreptului se poate dispune, în condițiile deschiderii procedurii generale, nu numai în tot, ci și *în parte* și chiar dacă aparent formularea acestor dispoziții leagă desemnarea unui administrator judiciar doar de ridicarea dreptului de administrare, în realitate desemnarea unui practician în insolvență este obligatorie în cazul deschiderii oricărei proceduri, chiar neînsoțită de ridicarea dreptului, deoarece în cadrul acesteia practicianul are de îndeplinit și atribuții de altă natură decât cele privind dreptul respectiv.

Potrivit art. 85 alin. (5) din Codul insolvenței, în măsura în care dreptul nu a fost ridicat în contextul deschiderii procedurii, se poate cere *în continuarea perioadei de observație sau a perioadei de reorganizare propriu-zisă*, de către creditor, comitetul creditorilor sau administratorul judiciar, ridicarea dreptului de administrare, invocându-se drept justificare pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilității de realizare a unui plan rațional de activitate. Este vorba despre o posibilitate de ridicare a dreptului de administrare distinctă de aceea prevăzută pentru momentul deschiderii procedurii, inclusiv în ceea ce privește motivele. Dispozițiile art. 85 alin. (6) reglementează pentru această ipoteză modalitatea în care se dispune, în concret, ridicarea dreptului de administrare și nu implică ridicarea și în parte, ci doar în tot a dreptului, în raport cu natura motivelor prevăzute pentru admisibilitatea cererii care, în măsura în care sunt probate, nu pot justifica decât ridicarea în tot a dreptului, pentru că altfel nu ar avea sens. Practic, ridicarea dreptului în condițiile art. 85 alin. (5), (6) din lege ar presupune, în temeiul motivelor avute în vedere, și trecerea la faliment.

În cazul *ridicării dreptului la cerere*, în temeiul art. 85 alin. (5), (6) din Codul insolvenței, aceasta se dispune ca urmare a faptului că debitorul nu își mai exercită dreptul de administrare în mod benefic pentru averea și activitatea sa, intrând într-o perioadă în care pierderile devin constante și nu se mai poate vorbi de un plan rațional de activitate, inclusiv de un plan de reorganizare.

Potrivit art. 85 alin. (4), *încetarea de drept* a dreptului de administrare intervine doar în raport cu trecerea la faliment, sub acest aspect, potrivit dispozițiilor art. 145 alin. (2) lit. a) din lege, judecătorul-sindic urmând să dispună ridicarea dreptului de administrare^[2].

1.1. Caracterele juridice ale ridicării dreptului de administrare

19. Din ansamblul dispozițiilor legale, putem aprecia că ridicarea dreptului de administrare al debitorului prezintă următoarele *caractere juridice*:

- general: se raportează la întreaga avere a debitorului, în ceea ce privește orice act de administrare sau de dispoziție;
- operează *intuitu personae*, adică privește situația particulară a fiecărui debitor, se instituie în considerarea caracterelor personale ale fiecărui debitor;
- dă naștere unor obligații de rezultat, în primul rând a obligației de a nu face nicio operațiune sau act juridic ce intră în sfera dreptului de administrare, în raport cu patrimoniul societății;

[1] A. Avram, op. cit., p. 92-93.

[2] *Idem*, p. 94.

– comun: se aplică față de orice creditor, indiferent din ce categorie face parte creanța acestuia;

– temporar/permanent, în sensul că poate fi aplicabil din chiar momentul deschiderii procedurii, dar și de la un moment ulterior;

– are ca finalitate instituirea unor măsuri de prevenție și de conservare a bunurilor din averea debitorului și, respectiv, a unor măsuri de protecție a intereselor tuturor creditorilor, prin aceasta urmărind apărarea unor interese de ordin public ce privesc procedura în ansamblul său^[1].

1.2. Aspecte terminologice

20. Sub aspect terminologic, ridicarea dreptului de administrare, cu cele trei atribute ale acestuia, a înlocuit un termen mai vechi, acela privind *desesizarea* debitorului, utilizat anterior cu același înțeles mai mult în contextul falimentului.

Terminologia folosită de către legiuitor în cuprinsul textelor de lege referitor la dreptul de administrare poate ridica anumite probleme de interpretare și aplicare^[2]. Astfel, dispozițiile legii, în primul rând art. 85 alin. (1), prevăd că se „ridică debitorului” dreptul de administrare (în tot sau în parte, la cerere, de drept), deși, cel puțin până la momentul trecerii la faliment, când intervine dizolvarea debitorului (și, în fapt, chiar în cursul acestei proceduri, pentru operațiunile necesare lichidării), acest drept trebuie exercitat în continuare în ceea ce privește debitorul, pentru că în lipsa lui nu s-ar putea realiza multe dintre actele specifice procedurii. Prin urmare, în contextul procedurii, „ridicarea” dreptului trebuie înțeleasă nu în sensul că se referă la lipsirea debitorului de prerogativele acestuia, ci în sensul transferării exercitării dreptului de la administratorii statutari, în limita în care prerogativele dreptului rămân necesare derulării procedurii, către administratorul special și, îndeosebi, către practicianul în insolvență.

În cuprinsul Legii nr. 85/2006 se făcea referire atât la conducerea, cât și la administrarea debitorului. Preluarea dispozițiilor legii vechi în Codul insolvenței nu a avut în vedere în cazul tuturor dispozițiilor corelarea sub acest aspect a termenilor utilizați, în cuprinsul legii noi făcându-se vorbire atât despre *conducere*, cât și despre *administrare*. De cele mai multe ori cei doi termeni se confundă sau, cel puțin, este avută în vedere conducerea doar ca atribut al administrării.

De asemenea, ridică unele probleme de interpretare și formulările dispozițiilor din lege referitoare la persoanele cărora le revine exercitarea dreptului în derularea procedurii.

Desesizarea în favoarea practicianului în insolvență intervine pentru a înlătura orice influență dăunătoare intereselor creditorilor din partea debitorului.

Practicianul reprezintă interesele generale ale procedurii, nefiind un reprezentant al debitorului sau al creditorilor.

De la data deschiderii procedurii, dreptul de administrare al debitorului poate fi ridicat, de regulă, iar reprezentarea debitorului trece asupra practicianului în insolvență.

Greșit se compară desesizarea debitorului cu o *incapacitate de exercițiu*, întrucât desesizarea, în cazul persoanei juridice, se traduce prin încetarea funcției reprezentanților

^[1] D.D. Moțiu, Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009 p. 192.

^[2] În acest sens și Gh. Piperea, op. cit., p. 563.

legali în favoarea administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar, nefiind vorba de o limitare a capacității de exercițiu^[1].

În literatura de specialitate^[2] s-a afirmat că, în cazul unei persoane juridice, nu se poate opera o reală separare între categoriile tradiționale de „capacitate de folosință” și „capacitate de exercițiu”, separare specifică persoanei fizice și justificată prin rațiuni de ocrotire sau protecție a persoanelor nevârstnice sau lipsite de discernământ față de riscul încheierii unor acte juridice lezionare. Numai persoanele fizice pot fi lipsite de capacitate de exercițiu, cu capacitate de exercițiu restrânsă și cu capacitate de exercițiu deplină. Persoana juridică are, prin definiție, capacitate de exercițiu deplină: persoana juridică este o realitate juridică, și nu fizică, nu are voință organică proprie și nu se manifestă decât prin organele sale, obligatoriu persoane deplin capabile^[3].

Debitorul nu devine, în urma deschiderii procedurii un incapabil, nici măcar în cazul persoanei fizice, ci își conservă dreptul de a sta în justiție (prin intermediul practicianului în insolvență, sau a administratorului special, după caz), în primul rând în ceea ce privește derularea procedurii insolvenței al cărei obiect este, iar, în afara procedurii, în toate acțiunile în care este fie reclamant, fie pârât. Capacitatea judiciară a debitorului rămâne în continuare, dar în limitele impuse de procedură.

Totuși, debitorul persoană fizică, precum și conducătorii debitorului persoană juridică pot suferi, în anumite condiții, unele *incapacități speciale de folosință sau decăderi profesionale*. Cel care a fost găsit vinovat de săvârșirea unor infracțiuni prevăzute în Codul insolvenței sau în Legea societăților ori a unor infracțiuni economice prevăzute în Codul penal nu mai pot fi fondatori și nici administratori de societăți timp de 5 ani de la reabilitare^[4]. De asemenea, persoana împotriva căreia s-a pronunțat o hotărâre definitivă de atragere a răspunderii nu mai poate fi desemnată administrator sau, dacă este administrator în alte societăți, va fi decăzută din acest drept timp de 10 ani de la data rămânării definitive a hotărârii – art. 169 alin. (10) din Codul insolvenței.

În raport cu prevederile art. 84 din Codul insolvenței, după deschiderea procedurii, actele debitorului sunt *inopozabile masei credale*, căreia nu i se poate aduce nicio vătămare, chiar dacă aceste acte sunt valabile în sine (debitorul și cocontractantul său neputând cere, însă, anularea actelor respective).

Dacă se ridică doar parțial debitorului dreptul de administrare (în sensul că o parte dintre atribute rămân în exercitarea administratorului special și doar o altă parte dintre atribute trec la administratorul judiciar), hotărârea judecătorească-sindic trebuie să *precizeze expres atribuțiile* care au trecut la administratorul judiciar, pentru a se putea preveni/soluționa eventualele conflicte dintre cele două categorii de administratori.

Ridicarea dreptului de administrare privește totodată bunurile debitorului, actele juridice și acțiunile în justiție ale acestuia (inclusiv procedura insolvenței în sine):

a) *bunurile debitorului*; acestea rămân, în raport cu deschiderea procedurii sau cu ridicarea dreptului de administrare, în proprietatea debitorului. Ridicarea dreptului pri-

[1] *Idem*, p. 565.

[2] St.D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 24.

[3] G. Goubeaux, Personnalité morale, droit de personnes et droit de biens, în Etudes dédiées à R. Roblot, LGDJ, 1984, p. 199; G. Boroi, Drept civil. Partea generală. Persoanele, Ed. All Beck, București, 2001; E. Chelaru, Drept civil. Persoanele, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008; A.C. Mataragiu, Considerații privind capacitatea de exercițiu a persoanei juridice, în Studii și cercetări juridice europene, vol. I, Drept privat, Ed. Wolters Kluwer, București, p. 342-349.

[4] Gh. Piperea, op. cit., p. 565.

vește atât bunurile corporale (mobile, imobile), cât și cele incorporeale (acțiuni etc.), atât bunurile anterioare deschiderii procedurii, cât și cele dobândite de debitor ulterior acesteia [potrivit art. 85 alin. (2)], cu excepțiile prevăzute prin lege (bunurile care nu pot fi supuse executării silite etc.);

b) *actele juridice*; terțul care a contractat cu debitorul, deși acestuia i s-a ridicat dreptul de administrare, nu va avea ordinea de preferință a creanțelor născute în timpul procedurii și nu va putea intra în concurs nici cu creditorii anteriori. Între debitor și cocontractantul său actul juridic rămâne valabil, dar cocontractantul nu își va putea valorifica creanța decât ulterior închiderii procedurii, din bunurile care mai rămân eventual.

Dacă este vorba de acte de conservare, cum ar fi introducerea unei acțiuni pentru evitarea prescripției extinctive, a decăderii, declararea unei căi de atac, debitorul poate să le îndeplinească personal, cu condiția ca practicianul să îi ratifice actul respectiv;

c) *acțiunile în justiție*; din moment ce pierde administrarea și dispoziția asupra bunurilor sale, debitorul nu mai poate sta în justiție referitor la ele, ca reclamant sau pârât, și se impune preluarea acțiunilor respective de către practicianul în insolvență, ca reprezentant al debitorului, în scopul conservării bunurilor și înlăturării oricărei influențări din partea debitorului. În doctrină s-au definit atributele avute în vedere de legiuitor în conținutul dreptului de administrare, astfel:

Dreptul de conducere a activității privește inițierea, conceperea și executarea operațiunilor comerciale, în legătură sau nu cu bunurile debitorului, inclusiv aspectul reprezentării acestuia, îndeosebi în justiție.

Dreptul debitorului de a administra și dispune de bunurile sale constă în conservarea patrimoniului și valorificarea elementelor acestuia.

Dreptul de a-și conduce activitatea implică, în mod obișnuit pentru societatea reglementată de Legea nr. 31/1990, funcționarea organelor proprii de conducere, inclusiv o reprezentare proprie.

Într-o opinie din doctrină^[1], s-a considerat că noțiunea de administrare a patrimoniului debitorului și cea de conducere a activității nu sunt echivalente, deoarece sfera celei din urmă implică și managementul, însă efectele produse sunt similare.

Însă, prin conducerea unei activități se înțelege îndrumarea unui grup de oameni, a unei instituții, a unei organizații etc., având întreaga răspundere a muncii în domeniul respectiv^[2].

Managementul este arta și știința de a conduce și a administra munca altuia în scopul de a atinge obiective precise; arta și știința de a lua decizii. Este un ansamblu de principii, metode și tehnici raționale de organizare, de gestiune și de conducere a întreprinderii, care pune accentul pe rolul esențial al conducerii și dirijării și pe factorul uman din întreprindere.

Având originea în italianescul *maneggiare*, care înseamnă „a manevra”, „a conduce” (cu referire inițială la cai) și dincolo de nenumăratele definiții ale noțiunii de management, care reflectă tocmai complexitatea și dificultatea elaborării unei definiții clare și acceptată majoritar de specialiști, arătăm că în literatura de specialitate^[3] au fost identificate următoarele caracteristici generale ale managementului: vizează activitatea de

^[1] Gh. Gheorghiu, *Procedura reorganizării judiciare și a falimentului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 170.

^[2] Dicționarul explicativ al limbii române, ed. a 2-a, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1996, p. 756.

^[3] I. Petrescu, E. Domokos, *Management general*, Ed. Hyperion XXI, București, 1993, p. 14-16.

conducere, administrarea și gestionarea întreprinderii și managementul operează, în principal, cu trei elemente de bază:

- a) idei: stabilirea perspectivei, fixarea obiectivelor, programe, elaborarea politicilor de acțiune;
- b) relații: stabilirea structurii organizatorice, precizarea legăturilor, descrierea posturilor, cerințelor posturilor, centralizare, descentralizare;
- c) oameni: selectarea, formarea și perfecționarea conducătorilor, motivarea, asigurarea inovației, delegarea autorității, sistemul de raportare și evaluare a rezultatelor, măsuri de corecție, sancțiuni și recompense.

Noțiunea de management semnifică fie conducerea (ca artă și știință), administrarea, gestionarea întreprinderii, fie o anumită manieră sau mentalitate de dirijare a oamenilor în vederea realizării unor obiective.

Apropierea dintre cele două noțiuni este dată de importanța omului și a activității sale^[1]. Cu toate acestea, semnificația celor două noțiuni se suprapune în mare parte, managementul, considerat „doar un eufemism”^[2], fiind definit ca organizare, arta de a conduce, de a administra sau, altfel spus, conducere^[3].

Dacă acceptăm că managementul (sau conducerea activității) vizează activitatea de conducere, administrare și gestionare a întreprinderii, ajungem la situația ca o noțiune să fie definită printr-o altă noțiune, cu același sens. Astfel, în opinia legiuitorului, dreptul de administrare privind activitatea întreprinderii debitorului de care face vorbire în art. 85 din Codul insolvenței înseamnă conducerea, administrarea și gestionarea activității (adică activitatea de management), la care se adaugă dreptul de administrare asupra bunurilor din avere și dreptul de dispoziție asupra acestora. În aceste condiții, dreptul de administrare privind propria activitate înseamnă administrarea activității, la care se adaugă și alte elemente.

În felul acesta, apreciem că formularea utilizată de legiuitor pentru *conținutul dreptului de administrare* trebuie înțeleasă astfel:

- conducerea activității debitorului presupune existența unui ansamblu organizat și coerent de cunoștințe (concepte, principii, metode, tehnici), cu ajutorul cărora acesta face posibilă înțelegerea fenomenelor și proceselor ce se produc în cadrul activității sale; în același timp, este evidențiată măiestria aplicării cunoștințelor științifice, cu rezultate bune și în condiții de eficiență, asupra realităților diferitelor situații cu care se confruntă acesta; iar nu în ultimul rând, este reliefat un anumit fel de a vedea, a dori, a căuta și a accepta progresul. Conducerea activității de către debitor subliniază calitățile de manager ale acestuia, prin implicarea celor patru funcții principale: planificarea, organizarea, leadingul (antrenarea și motivarea) și controlul^[4]. În consecință, activitatea de conducere a unei activități este complexă, reunind în structura sa aspecte în legătură cu organizarea, sistematizarea, decizia, colaborarea, comunicarea, controlul etc.;
- administrarea bunurilor din averea debitorului acoperă arealul actelor și operațiunilor care urmăresc să realizeze o normală punere în valoare a unui bun sau a unui patri-

[1] Se observă că în procesul de conducere factorul uman deține rolul hotărâtor, în calitate de subiect (conducerea fiind exercitată de oameni) și în calitate de obiect (conducerea se exercită asupra oamenilor). În mod asemănător, obiectul științei managementului îl constituie studiul comportamentului omului, în calitate de exercitant al actelor manageriale, dar și de executant al hotărârilor.

[2] P.F. Drucker, *The Practice of Management*, London, Pan Books Ltd., 1972, p. 17.

[3] J. Gerbier, *Organisation-Gestion*, Paris, Dunod, 1965, p. 7.

[4] Pentru dezvoltări, a se vedea Gh. Ionescu, E. Cazan, A. Negrușă, *Management organizațional*, Ed. Tribuna Economică, București, 2001, p. 1-15.

moniu^[1]. Ar putea fi vorba despre acte de închiriere a unor bunuri, evacuări din imobile a unor chiriași, asigurarea de bunuri, culegerea fructelor cuvenite debitorului etc.;

– dispunerea de bunuri se referă la posibilitatea înstrăinării acestora prin intermediul contractelor translativ de proprietate cu titlu oneros sau grevarea lor cu sarcini reale^[2]. Esențial pentru procedură este ca bunurile asupra cărora se exercită acte de dispoziție să aducă în patrimoniul debitorului venituri, în scopul atingerii scopului legii.

Prin dispozițiile art. 54 s-a avut în vedere ca organ de conducere a activității debitorului administratorul statutar, din sistemul obișnuit de organe de conducere. În ceea ce privește adunarea generală a acționarilor/asociaților, aceasta nu este un organ de conducere, iar conform dispozițiilor art. 55 din Codul insolvenței, după numirea administratorului special aceasta își suspendă activitatea, de unde rezultă că s-a urmărit atât „desesizarea” administratorilor statutari, cât și a acționarilor/asociaților în procedură, reprezentarea acestora fiind asigurată doar prin administratorul special.

Referitor la *reprezentare*, în raport cu dispozițiile legii în materie, este vorba atât de reprezentarea în cadrul procedurii insolvenței (fie în instanță, fie pentru actele de procedură care se desfășoară în afara acesteia), cât și față de terții din afara procedurii.

Cum consiliul de administrație include administratorii societății, se vor avea în vedere în acest context și cazurile în care debitorul-societate are un singur administrator desemnat de asociați/acționari sau un singur asociat care are și calitatea de administrator – menționat sau nu la registrul comerțului.

1.3. Momentul desesizării debitorului

21. În decursul timpului, ridicarea dreptului de administrare a atras reglementări și practici diferite. În Codul comercial francez de la 1807, desesizarea se producea cu efect retroactiv, de la data încetării plăților, ceea ce era vătămător pentru terții de bună-credință care intrau în relații cu falitul, astfel că, ulterior, reglementarea s-a modificat în sensul producerii desesizării de la data hotărârii de declarare a falimentului, reglementarea în acest sens preluându-se și în Codul comercial român.

În reglementarea prevăzută de Codul insolvenței, dispozițiile art. 85 alin. (1) sunt formulate expres în sensul că „deschiderea procedurii ridică dreptul...”, ceea ce înseamnă că data desesizării debitorului este, în această ipoteză, *data hotărârii prin care judecătorului-sindic deschide procedura insolvenței*, generală sau simplificată. În derularea procedurii generale, data ridicării dreptului de administrare mai poate fi data hotărârii de trecere la faliment sau, după caz, data admiterii cererii formulate în baza art. 85 alin. (5).

Încheierea de către debitor a unui act juridic, de exemplu o ipotecă, în chiar ziua hotărârilor menționate, dar mai înainte de pronunțarea acestora va fi considerată ca fiind intervenită în „perioada suspectă” sau după desesizare? Sub acest aspect, trebuie avut în vedere că deschiderea procedurii și, în general, pronunțarea hotărârilor în discuție produc efectul desesizării din ziua în care s-a pronunțat respectiva hotărâre, indiferent de oră, astfel că actul trebuie considerat a fi încheiat de debitor după intervenirea desesizării și, în consecință, nu poate fi opus masei credale (creditorilor). Aceasta deoarece,

^[1] Pentru distincția dintre actul de administrare a unui bun singular și actul de administrare a unui patrimoniu, a se vedea G. Boroi, op. cit., 2001, p. 144-145.

^[2] Considerăm că, în acest caz, legiuitorul a avut în vedere atât vânzarea-cumpărarea în sens strict, precum și alte acte juridice al căror efect constă în transmiterea dreptului de proprietate cu titlu oneros asupra unui bun într-un alt patrimoniu, cum ar fi, de exemplu, schimbul cu sultă, tranzacția etc.

sub aspect probatoriu, hotărârile judecătorești nu indică ora, ci doar ziua în care au fost pronunțate și, prin urmare, trebuie considerat că efectul desesizării se produce odată cu începerea zilei în care s-a deschis procedura, respectiv, a fost pronunțată una dintre celelalte hotărâri menționate, indiferent de buna sau reaua-credință a terților.

1.4. Fundamentele juridice ale desesizării

22. Desesizarea debitorului a constituit o preocupare permanentă a reglementării falimentului și de-a lungul timpului s-a încercat explicarea efectelor patrimoniale ale deschiderii procedurii, incluzând și ridicarea dreptului de administrare, printr-o teorie care să fie corespunzătoare atât sub aspect teoretic, cât și practic.

Chiar dacă este decăzut din unele drepturi, debitorul nu devine un incapabil în general, doar că obligațiile pe care și le asumă după desesizare nu pot fi valorificate împotriva lui în timpul procedurii concursuale, referitor la bunurilor vizate prin obligațiile asumate, decât în limita respectării regulilor procedurii. Nefiind vorba de incapacitate, nu se vor avea în vedere aici teoriile potrivit cărora falitul a fost asimilat unui defunct, iar hotărârea de deschidere este echivalată cu un act de deces.

1.4.1. Teoria expropriării și a trecerii bunurilor în proprietatea creditorilor

23. Apărută încă din evul mediu (abia în Codul de comerț francez s-a făcut precizarea că bunurile rămân proprietatea falitului), această teorie cuprindea ideea că bunurile debitorului trec în proprietatea creditorilor, care le administrează și lichidează prin reprezentantul lor, sindicul. În mod evident, teoria nu corespunde reglementărilor actuale, potrivit cărora bunurile debitorului rămân, la deschiderea procedurii, în patrimoniul acestuia, iar practicianul în insolvență chiar remite debitorului bunurile întoarse la masa activă. De asemenea, transferul de proprietate ar implica taxe care ar scădea averea debitorului, iar eventuala pierdere a bunurilor s-ar face pe riscul creditorilor (*res perit domino*), chiar dacă tot ei ar beneficia de eventuala creștere a valorii bunurilor. În reglementarea actuală, creditorii nu devin proprietarii bunurilor debitorului, iar practicianul și, cu atât mai puțin, judecătorul-sindic, nu sunt reprezentanții creditorilor.

1.4.2. Teoria prezumției de fraudă

24. Potrivit acestei teorii, falimentul determină sechestrarea bunurilor debitorului, deoarece, din momentul deschiderii procedurii, orice acte ale debitorului sunt socotite a fi făcute în fraudă creditorilor. Spre deosebire de cazul actelor încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii, pentru actele încheiate ulterior, măsura anulării este facilitată, nemaifiind nevoie să se dovedească fraudă, care este prezumată *iuris et de iure*. Mai mult, din momentul deschiderii procedurii, creditorul anterior devine, din având-cauză, un terț față de un act care, deși încheiat înainte de deschiderea procedurii, încă nu a devenit opozabil terților, pentru că nu a fost transcris, înregistrat, notificat etc., iar formalitățile în sensul asigurării opozabilității lui nu mai pot fi îndeplinite după deschiderea procedurii. Chiar dacă este adecvată realității, această teorie nu poate explica unele efecte ale deschiderii procedurii, cum ar fi inopozabilitatea față de creditorii concursuali a obligațiilor născute din delict.

1.4.3. Teoria dreptului de gaj

25. Jurisprudența romană justifică trimiterea în posesie (*missio in possessionem*), considerând-o asemănătoare unui drept de gaj în favoarea creditorilor, idee care a ajuns să fie preluată apoi în dreptul modern. Teoria conține ideea că, prin deschiderea procedurii, creditorii dobândesc un drept real similar dreptului de gaj asupra bunurilor debitorului, astfel că orice act făcut de acesta ulterior nu îi poate vătăma. Or, în prezent, creditorii nu mai pot fi asemănați unor persoane trimise în posesie, iar practicianul în insolvență nu îi reprezintă în administrarea bunurilor. Mai mult, doar dreptul real al creditorilor nu poate justifica de ce actele făcute de debitor după deschiderea procedurii ar rămâne valabile față de acesta.

1.4.4. Teoria personificării falimentului

26. Teoria recunoaște drept subiect de drept falimentul în sine, reprezentat prin judecătorul-sindic, creat în interesul atât al creditorilor, cât și al debitorului, în vederea concilierii a două interese distincte, astfel că practicianul ar reprezenta atât creditorii, cât și debitorul. Or, în realitate, în multe cazuri fiecare dintre creditori are un interes propriu distinct și opus de al celorlalți. De asemenea, nu există o dispoziție expresă în sensul că debitorul ar pierde în favoarea noului subiect de drept proprietatea bunurilor sale sau că masa activă ar fi investită cu personalitate juridică.

1.4.5. Teoria patrimoniului de afectațiune și al sindicului ca funcțiune publică

27. Potrivit acestei teorii, prin hotărârea de deschidere a procedurii bunurile debitorului sunt supuse utilizării sau valorificării cu o afectațiune specială, un anume scop, formând o universalitate juridică. Asupra acestor bunuri debitorul nu mai poate exercita vreo înrâurire, în sensul de a dispune de ele în mod direct, prin înstrăinări, grevări cu sarcini sau indirect, prin obligații pe care și le asumă după deschidere.

Bunurile rămân în proprietatea debitorului, dar ele sunt supuse scopului procedurii, conform reglementărilor acesteia.

Pe de altă parte, trebuie avut în vedere că există două modalități de lichidare a bunurilor debitorului: una lăsată în sarcina creditorilor, printr-un reprezentant al lor, și alta realizată de un reprezentant al autorității publice. Principiul funcțiunii publice a judecătorului-sindic/practicianului în insolvență implicat în lichidarea bunurilor a fost și este recunoscut. Judecătorul-sindic/practicianul în insolvență nu îndeplinesc un mandat de drept privat, ci o funcție publică, actele lor fiind obligatorii atât pentru debitor, cât și pentru creditori (chiar eventualele contestații, căi de atac fac parte din acest raționament). În final, bunul mers al procedurii se bazează pe dreptatea împărțită de instanță, aflată deasupra creditorilor și debitorului.

În raport cu această teorie, potrivit reglementării actuale, sindicul a devenit o funcție publică; judecătorul-sindic este un magistrat de profesie, iar atribuțiile inițiale ale acestuia sunt îndeplinite de practicianul în insolvență, ceea ce nu schimbă, în esență, datele problemei.

Începând cu reglementarea Codului comercial și până în prezent, în doctrină și jurisprudență au fost reținute cu precădere teza *nulității relative* a actelor debitorului^[1]

[1] „Acțiunea relativă la anularea actelor vânzării unui bun care face parte din patrimoniul falimentului și care formează gajul creditorilor falitului nu poate fi intentată de un falit nereabilitat, ci numai de sindic” (Cas. I, dec. nr. 41 din 18 ianuarie 1912, în Codul comercial adnotat, Ed. Ministerului Justiției, București, 1944, p. 462).

și teza *inopozabilității* acestora față de masa credală^[1]. În schimb, nu se poate considera că în reglementarea internă ar fi fost înlăturată masa credală și că, în consecință, ar fi dispărut și inopozabilitatea față de aceasta, ca în legea franceză, și nu se poate reține nici un pretins sechestrul legal asupra bunurilor debitorului pentru justificarea imobilizării acestor bunuri în mâinile practicianului în insolvență.

Anterior, ridicarea dreptului de administrare al debitorului a fost explicată prin intermediul mai multor teorii: a morții civile, a incapacității, a sechestrului, a dreptului real de gaj al masei credale, a transferului de proprietate^[2]. Apoi, calificarea ridicării dreptului de administrare al debitorului^[3] s-a centrat pe caracterizarea sa ca măsură de siguranță a creditorilor împotriva unor eventuale încercări de fraudă, de dosire a bunurilor, de diminuare a averii debitorului (măsură de protecție) sau măsură de inopozabilitate față de creditori și judecătorul-sindic a actelor debitorului (măsură de garanție).

28. În doctrina franceză, ridicarea dreptului de administrare al debitorului este explicată fie prin teoria nulității absolute^[4] (adică patrimoniul debitorului, printr-un fel de sechestrul legal, este imobilizat în mâinile lichidatorului, astfel încât actele efectuate de debitor sunt lovite de nulitate absolută, care poate fi invocată de orice persoană interesată, pentru că actul debitorului contravine unor norme de ordine publică), fie prin teoria inopozabilității față de creditori și judecătorul-sindic/lichidator, deoarece ridicarea dreptului debitorului nu reprezintă o incapacitate, ci doar o măsură de garanție^[5].

În ceea ce privește sancțiunea aplicabilă în cazul nerespectării puterilor administratorului, în perioada anterioară Legii din 1985, actele juridice îndeplinite de debitor cu încălcarea prevederilor privind desesizarea erau inopozabile masei creditorilor, iar buna-credința a celor cu care debitorul a contractat era indiferentă^[6].

În prezent, mare parte din autorii francezi consideră că actele îndeplinite de către debitor cu încălcarea puterilor administratorului judiciar trebuie declarate nule, ca și cum ar fi îndeplinite de o persoană fără putere^[7]. Este vorba despre o nulitate absolută, întrucât actul în cauză riscă să afecteze interesul public antrenat de procedura reorganizării și lichidării judiciare^[8].

Astfel, se consideră că printr-un tip de sechestrul legal și colectiv, patrimoniul debitorului este indisponibilizat în mâinile administratorului judiciar/lichidatorului judiciar. Actele îndeplinite de debitor singur sunt făcute de o persoană fără putere și trebuie declarate nule. Este vorba despre o nulitate absolută, ce poate fi invocată de orice persoană

[1] „Falitul nefiind lovit de o incapacitate, ci numai de o indisponibilitate față de masa credală, căreia nu poate să-i aducă niciun prejudiciu, actele făcute de dânsul sunt valabile în ele însăși, fără ca falitul sau persoana cu care a contractat să poată cere anularea acestor acte” (Cas. I, dec. nr. 61/1916, în Codul comercial adnotat, p. 211).

[2] M. Pașcanu, op. cit., p. 138-140; C.C. Bălescu, op. cit., p. 394-397.

[3] R. Bufan, op. cit., Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 171-172.

[4] G. Ripert, R. Roblot, par Ph. Delebecque, M. Germain, *Traité de droit commercial*, Tome 2, *Effets de commerce. Contrats commerciaux. Procédures collectives*, ed. 16, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 961 și urm.

[5] F. Derrida, P. Gode, J.P. Sortais, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, 2^e éd., Dalloz, 1987, note 421.

[6] Cass. com., dec. din 2 iunie 1970, Dalloz, 1970, p. 62; Cass. com., dec. din 23 mai 1995, Dalloz, 1995, p. 413.

[7] Cass. com., dec. din 22 iunie 1991, Bull. civ. IV, 1991, nr. 286; C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, Ed. Montchrestien, Paris, 1999, p. 502.

[8] Cu toate acestea, o parte a jurisprudenței franceze a rămas favorabilă ideii de inopozabilitate față de procedură (Cass. com., dec. din 23 mai 1995, Dalloz, 1995, p. 413); în același sens s-au pronunțat și unii autori din doctrina franceză (în acest sens, Y. Guyon, *Droit des affaires*, tome 2, *Entreprises en difficulté*, ed. 5, Ed. Économica, Paris, 1995, nr. 1214).

interesată, deoarece intervenția debitorului contravine unor reguli de ordine publică. Nu contează buna-credință a celor cu care debitorul a contractat^[1].

Actele de gestiune curentă sunt cele care privesc activitatea obișnuită a societății conform uzanțelor profesiei^[2], iar *terții sunt de bună-credință* dacă nu cunosc că debitorul este în procedura reorganizării și lichidării judiciare și că exercitarea drepturilor și acțiunilor sale este limitată de atribuțiile exercitate de administrator.

Teza *nulității absolute* pare a fi impusă și de textul de lege. Astfel, potrivit art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței, în afară de cazurile prevăzute la art. 87, de cele autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii *sunt nule*.

Particularitatea acestei nulități se referă la faptul că ea poate fi invocată în justiție nu numai de persoanele enunțate limitativ de legiuitor, ci și de judecătorul-sindic (în măsura în care lipsește autorizarea acestuia), de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, de comitetul creditorilor sau de către orice creditor. Prin coroborarea art. 85 alin. (5) cu art. 84 alin. (1) din lege, rezultă că cealaltă parte contractantă a actului sau orice altă persoană interesată (cu excepția celor nominalizate mai sus) ar fi lipsită de această acțiune. Este firesc, deoarece persoana care promovează acțiunea în ridicarea dreptului de administrare al debitorului trebuie să justifice un interes serios și legitim.

Sanctiunea nulității poate fi susținută și printr-un argument de analogie, pe baza art. 87, când, deși legea nu prevede sanctiunea nulității, se admite că aceasta este cea care operează^[3]. În concordanță cu această teză, în practica judiciară recentă^[4] judecătorul-sindic a declarat nulă o operațiune de export de mărfuri efectuată de administratorul statutar al debitoarei după deschiderea procedurii insolvenței, dispunându-se repunerea părților în situația anterioară. Curtea de Apel Timișoara^[5] a respins recursul declarat de cocontractantul debitoarei și a menținut dispoziția judecătorului-sindic, apreciind că art. 49 din Legea nr. 64/1995 [actualul art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței] instituie sanctiunea nulității absolute a actului de înstrăinare de bunuri efectuat de către debitoare după deschiderea procedurii insolvenței.

Într-o altă speță^[6], acțiunea în constatarea nulității absolute a contractului de vânzare-cumpărare încheiat de către debitoare, introdusă de lichidator, a fost admisă de instanță, deoarece încheierea contractului a avut loc după deschiderea procedurii falimentului și ridicarea dreptului debitoarei de a-și mai conduce activitatea și de a dispune de bunurile sale. Susținerea părții cum că, ulterior intrării debitoarei în procedură, s-a încheiat doar contractul în formă tipizată, în realitate, dreptul de proprietate transmitându-se la momentul anterior intrării debitoarei în procedură, printr-un contract încheiat prin semnătură privată, nu a fost primită de instanță, din moment ce instanța de fond, prin judecătorul-sindic, a fost învestită cu soluționarea cererii formulate de lichidator numai cu privire la valabilitatea contractului tipizat din 10 mai 2004, soluția pronunțată inclusiv în privința repunerii părților în situația anterioară fiind dată raportat doar la acest contract. Prin urmare, independent de momentul transmiterii dreptului de proprietate a

^[1] Acest principiu nu este însă aplicabil pentru actele de gestiune curentă, care potrivit alin. (2) al art. L. 622-3 și art. L. 631-14 din legea franceză din 2005 sunt considerate valabile în ceea ce privește terții de bună-credință.

^[2] Cass. com., dec. din 5 octombrie 1993, Dalloz, 1994, p. 81.

^[3] N. Tândăreanu, Procedura reorganizării judiciare, Ed. All Beck, București, 2000, p. 120-121.

^[4] Trib. Arad, sent. civ. nr. 624/2005, nepublicată.

^[5] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 2096 din 14 noiembrie 2005, nepublicată.

^[6] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 785R din 8 mai 2007, portal.just.ro.

vehiculului în litigiu, actele încheiate ulterior deschiderii procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2006 trebuiau efectuate cu respectarea prevederilor art. 46 alin. (1) [în prezent art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței – *n.n.*] sau, după caz, art. 49 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 [în prezent art. 87 alin. (1) din Codul insolvenței].

29. Credem, însă, că practica judiciară ar trebui să adopte *teoria inopozabilității*. Acceptarea acesteia va determina următoarele consecințe practice:

- nu este necesară constatarea nulității actelor debitorului;
- debitorul și terțul nu pot solicita anularea sau constatarea nulității actului; deci actul rămâne valabil încheiat între ei dacă judecătorul-sindic sau comitetul creditorilor ori administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu invocă desesizarea;
- terțul nu poate invoca desesizarea pentru a se prevala de neexecutarea actului.

În susținerea acestei teorii, în doctrină s-a considerat că aceasta este adecvată scopurilor urmărite în procedură, deoarece permite judecătorului-sindic să manifeste o atitudine *flexibilă* în aprecierea actelor debitorului desesizat, ratificându-le pe cele utile procedurii și profitabile intereselor creditorilor și prevalându-se de inopozabilitatea celor care fraudează aceste interese, fără a formula o acțiune în justiție^[1].

1.5. Ridicarea dreptului de administrare în timpul derulării procedurii

30. Evoluția dreptului de administrare poate fi urmărită începând cu momentul deschiderii procedurii, pornind fie de la ipoteza în care la acest moment nu se dispune ridicarea dreptului respectiv, fie de la ipoteza în care se dispune ridicarea acestui drept, până la închiderea procedurii.

Prezintă, de asemenea, relevanță în cadrul acestei evoluții și alte două aspecte, cel referitor la *persoana* căreia îi va reveni exercitarea atributelor dreptului de administrare și cel privind *conținutul* dreptului respectiv în derularea diferitelor perioade din procedură. Sub acest din urmă aspect, obiectul exercitării atributelor dreptului și, în consecință, chiar atributele respective suferă modificări de la o perioadă la alta a procedurii. Astfel, după cum se va arăta mai departe, în perioada de judecare a cererii introductive, activitatea debitorului este încă circumscrisă celei normale și, deci, exercitarea dreptului de administrare poate privi toate operațiunile, activitățile aferente unei astfel de activități. După deschiderea procedurii, în perioada de observație, conținutul activității debitorului supuse exercitării dreptului de administrare se restrânge (îndeosebi) la activitatea curentă continuată. Confirmarea unui plan delimitează conținutul dreptului de administrare potrivit clauzelor planului confirmat. Trecerea la faliment, însoțită de dizolvarea debitorului, restrânge conducerea activității debitorului la actele necesare lichidării.

Este deosebit de important ca în fiecare cauză să se asigure derularea procedurii referitor la aceste aspecte, în baza unei corecte și stricte aplicări a dispozițiilor legii, respectându-se tiparul stabilit prin aceasta, pentru a se preveni ca, așa cum s-a mai întâmplat, la un moment dat procedura să ajungă la o situație atipică, alături de lege, ori pentru care legea nu mai prevede soluții, iar depășirea acesteia să presupună, de asemenea, ieșirea din contextul ipotezelor juridice reglementate^[2].

[1] I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. ALL Beck, București, 2001, p. 137.

[2] A. Avram, *op. cit.*, p. 103.

Prima ipoteză vizează evoluția în cazul în care la deschiderea procedurii generale *nu se dispune ridicarea dreptului de administrare*.

Până la momentul deschiderii procedurii, dreptul de administrare aparținând debitorului este exercitat de către consiliul de administrație al acestuia, adică de administratorii statutari desemnați potrivit actelor constitutive.

Începând cu momentul deschiderii procedurii, în raport cu efectele hotărârii de deschidere a procedurii, în numele și pe seama debitorului mai pot fi exercitate *doar actele de administrare corespunzătoare procedurii*, în vederea îndeplinirii scopului acesteia. De exemplu, ca urmare a desesizării debitorului, acesta nu mai are libertatea de a înstrăina orice bun din patrimoniul său, ca în perioada în care desfășura o activitate obișnuită, ci doar potrivit reglementărilor procedurale. În linii mari, exercitarea dreptului de administrare mai poate viza doar continuarea activității curente și procedura de reorganizare în baza unui plan confirmat.

1.6. Rolul administratorului special

31. Desemnarea administratorului special este prevăzută în lege ca regulă, dar deoa-rece în unele situații aceasta nici nu poate efectiv să intervină, în raport cu unele împrejurări de fapt, în practică s-a apreciat că administratorul special trebuie să fie desemnat ori de câte ori este efectiv posibil. În cazul nedesemnării, art. 53 alin. (2) din Codul insolvenței prevede două tipuri de *sanctiuni*: *ridicarea dreptului de administrare*, în cazul în care acesta nu fusese deja ridicat, și *decăderea* debitorului, respectiv a asociaților/acționarilor/membrilor din drepturile recunoscute de procedură și care sunt exercitate prin administrator special.

Administratorul special este un mandatar al acționarilor/asociaților/membrilor, mandatul său având atât un conținut convențional, cât și unul legal. Conținutul convențional rezultă din faptul că administratorul special reprezintă interesele acționarilor/asociaților/membrilor pe toată durata procedurii și va trebui să acționeze în sensul acestor interese. Conținutul legal rezultă din faptul că legea stabilește rolul său în procedură.

Administratorul special poate fi o persoană fizică sau o persoană juridică^[1]. Nimic nu se opune ca administratorul social al persoanei juridice debitoare să fie desemnat în cursul procedurii ca administrator special. El poate fi și un practician în insolvență^[2].

În ceea ce privește *administratorul judiciar*, acesta a fost avut în vedere în mod constant de către legiuitor pentru preluarea exercitării dreptului de administrare (conducere) în cadrul procedurii, în cazul ridicării acestui drept, acest aspect fiind propriu și reglementărilor altor state în materia insolvenței mai evolute. Mai mult, potrivit prevederilor art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței, practicianului în insolvență îi aparțin atribuțiile manageriale în procedură, dacă nu revin debitorului, sub controlul jurisdicțional din partea judecătorului-sindic și sub aspectul oportunității din partea creditorilor. Oricum, chiar dacă nu se ridică dreptul de administrare al debitorului, dincolo de supravegherea debitorului, administratorul judiciar exercită unele atribuții specifice acestuia, cum ar fi menținerea/denunțarea unor acte ale debitorului, promovarea acțiunilor în anularea

^[1] S-a susținut că persoana juridică desemnată ca administrator special trebuie să desemneze o persoană fizică care să participe la procedură pe seama debitorului, deși legea nu prevede aceasta expres. *St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., p. 82.

^[2] Pentru aceeași opinie, a se vedea și *St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., p. 83. S-a afirmat că ar fi de dorit ca administratorul special să fie un practician în insolvență, persoană cu o bună pregătire în materie – *Gh. Piperea*, op. cit., p. 310.

unor acte ale debitorului etc. În raport cu acestea, apare ca pregnant faptul că instituția practicianului în insolvență este aceea care, în fapt și în drept, are vocație să preia exercitarea atributelor dreptului de administrare.

În reglementarea internă a procedurii insolvenței, problemele de interpretare sub aspectul în discuție au apărut în special în raport cu dispozițiile privitoare la *atribuțiile administratorului special*^[1].

În raport cu prevederile art. 56 din Codul insolvenței, administratorului special nu i-ar putea reveni, în perioada de observație, exercitarea conducerii activității, a administrării și dispoziției asupra bunurilor debitorului, pentru că atribuțiile care îi sunt conferite expres conform acestui text de lege sunt în alt sens, acela de a reprezenta interesele debitorului și asociaților lui și de a participa la procedură pe seama debitorului. Cel mult, s-ar putea reține că administratorul special exercită doar reprezentarea debitorului, ca element al conducerii activității debitorului, dar numai în cadrul procedurii.

Dar, potrivit dispozițiilor exprese ale art. 5 pct. 4, administratorul special este persoana desemnată de adunarea generală a acționarilor/asociaților/membrilor debitorului pentru a efectua, în numele și pe seama acestuia, actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-și administreze activitatea.

Însă, debitorului trebuie să i se recunoască un drept propriu la apărare^[2]. În cazul persoanelor juridice, nu numai potrivit art. 122 alin. (6), dar și conform art. 56 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței debitorul este reprezentat la judecata acțiunilor în anulare de către administratorul special^[3]. Ca urmare, citarea debitorului se va face prin acesta.

Articolul 5 pct. 4 din Codul insolvenței conferă o atribuție specială adunării generale, față de atribuțiile cuprinse în actul constitutiv al societății ori în Legea nr. 31/1990. Se prevede că adunarea generală a acționarilor/asociaților debitorului desemnează, pentru a-i reprezenta interesele, în derularea procedurii, administratorul special.

Dispoziția se completează cu dispozițiile art. 56 din cod, care reglementează atribuțiile administratorului special în procedură.

La o analiză coroborată a celor două texte de lege, reies două tipuri de atribuții ale administratorului special:

- *participă la procedură*, reprezentând interesele acționarilor/asociaților/membrilor persoanei juridice (atribuție prevăzută în definiția dată de art. 5 pct. 4);

- *conduce și administrează* activitatea debitorului, cât timp acesta are dreptul de administrare [atribuție prevăzută atât în definiție, cât și în art. 56 alin. (1) lit. d)].

Odată cu efectuarea acestui demers, orice rol al adunării asociaților/acționarilor pare să ia sfârșit^[4]. De la acest moment, persoana care poate să efectueze în numele și pe seama debitorului actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să își administreze activitatea și să îi reprezinte interesele în procedură pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare este numai administratorul special^[5].

Pornind de la discuțiile din practica judiciară cu privire la reprezentarea debitorului după ridicarea dreptului de administrare în cadrul procedurii, pentru prima dată, instituția administratorului special, ca participant la procedură, a fost introdusă de legea insol-

[1] N. Tândăreanu, Administratorul special în procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 3/2010.

[2] A. Lienhard, Cass. com. 1^{er} mars 2005, Bull. civ. IV, n° 40, D. 2005, AJ 953.

[3] I. Turcu, Legea (...), p. 388; A. Avram, op. cit., p. 219.

[4] Aparent doar, pentru că una dintre excepții este în cuprinsul art. 141 alin. (2), de exemplu.

[5] Prin excepție, un curator, desemnat conform art. 53 alin. (3).

venței, înlocuindu-se astfel instituția reprezentantului asociațiilor/acționarilor reglementată de Legea nr. 64/1995, în art. 19-22.

Administratorul special poate fi o *persoană fizică* sau o *persoană juridică*^[1]. Considerăm că nimic nu se opune ca administratorul social al persoanei juridice debitoare să fie desemnat în cursul procedurii ca administrator special. El poate fi și un practician în insolvență^[2]. De asemenea, nu mai este contestat astăzi faptul că, la fel ca orice participant la procedură, desigur cu excepția judecătorului-sindic, administratorul special poate fi reprezentat sau asistat de un avocat^[3]. S-a considerat că legea acordă puteri exorbitante debitorului, care poate contesta măsuri ale practicienilor, tabelul de creanțe etc.^[4]

Codul insolvenței folosește noțiunea de „administrator special” la singular. S-a afirmat că exprimarea legiuitorului nu trebuie interpretată restrictiv în situația în care cerințele de ordin practic o impun, putându-se accepta fie desemnarea a doi sau mai mulți administratori speciali persoane fizice, fie ca administratorul special să fie ajutat de mai mulți auxiliari^[5].

32. Dacă un administrator special nu a fost desemnat, pentru soluționarea acțiunilor prevăzute la art. 117-122, precum și pentru soluționarea acțiunilor ce decurg din art. 84 din Codul insolvenței, debitorul va fi reprezentat de un *curator special* desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exercițiul funcțiunii la data deschiderii procedurii. Desemnarea se va face de către judecătorul-sindic în camera de consiliu și fără citarea părților. În cazul în care, ulterior, adunarea asociațiilor/acționarilor alege un administrator special, acesta va lua procedura în stadiul în care se găsește, la data desemnării^[6].

Deși controversată, dispoziția ce permite judecătorului comisar să-l înlocuiască pe conducătorul întreprinderii, în legislația franceză, la sesizarea procurorului, dar nu și din oficiu^[7], nu poate fi aplicată decât conducătorului de drept, exceptând societățile unipersonale și comercianții persoane fizice. Justificarea acestei măsuri rezidă în oportunitatea aplicării ei.

Transpunerea ei în legislația noastră ar fi, desigur, urmată de numeroase interpretări, dar credem că ea se aseamănă, într-o anumită măsură, cu numirea curatorului special, în cazul indiferenței sau imposibilității desemnării unui administrator special, de către debitoare.

Însă, ambele sunt luate pentru adoptarea măsurilor de reorganizare, judiciare sau nu, urmărind apărarea intereselor debitorului și opozabilitatea actelor îndeplinite în procedură.

[1] S-a susținut că persoana juridică desemnată ca administrator special trebuie să desemneze o persoană fizică care să participe la procedură pe seama debitorului, deși legea nu prevede aceasta expres. *St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., p. 82.

[2] Pentru aceeași opinie, a se vedea și *St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., p. 83. S-a afirmat că ar fi de dorit ca administratorul special să fie un practician în insolvență, persoană cu o bună pregătire în materie – *Gh. Piperea*, op. cit., p. 310.

[3] *Gh. Piperea*, op. cit., p. 308, referindu-se și la încetarea mandatului dat de debitor avocatului, anterior deschiderii procedurii.

[4] *Ibidem*.

[5] *St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., p. 84.

[6] Pentru dezvoltări privind administratorul special, a se vedea, de exemplu: *N. Tăndăreanu*, Administratorul special în procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 6/2010, p. 51 și urm.; *R. Bufan, R. Andraș*, Spinoasa problemă a retribuției administratorului special, în *Phoenix* nr. 30, octombrie-decembrie 2009, p. 25 și urm.

[7] *M. Jeantin, P. Le Cannu*, op. cit., p. 235. Autorul își imaginează cum ar fi să-l înlocuiască pe conducătorul de fapt. Măsura nu se poate aplica în cazul falimentului.

În practică, s-a considerat greșit că, dacă nu a fost desemnată o persoană în această calitate, deși s-a recurs la mijloacele puse la îndemână de lege, debitorul va fi citat prin lichidatorul judiciar, revenindu-se la regulile dreptului comercial în materia insolvenței^[1].

33. Pe de altă parte, în acord cu opinia exprimată în doctrină, credem că *remunerația* aferentă activităților îndeplinite de administratorul special ar trebui să fie reglementată în mod similar cu cea aferentă administratorului judiciar și suportată din *averea debitorului*, dar stabilită de judecătorul-sindic. S-a motivat această opțiune prin prisma atribuțiilor administratorului special, care nu îndeplinește doar o funcție de reprezentare a asociaților/acționarilor^[2].

Desigur, justificarea pentru administratorul special ar putea să fie intervenția acestuia ca administrator de criză, în condițiile în care cei statuari nu mai prezintă încredere. Ideea administratorului de criză este specifică unor reglementări naționale mai avansate, în raport cu care există și practicieni specializați, dar în reglementarea noastră internă nu transpare din vreun text de lege.

De asemenea, în alte reglementări naționale se prevede preluarea administrării bunurilor, a controlului asupra debitorului de către o anume persoană (*trustee*, judecătorul-sindic) specializată, experimentată, în raport cu care, în legea internă, instituția similară este, însă, practicianul în insolvență. Administratorul special ar veni să se suprapună acestuia, în ceea ce privește atribuțiile. Dacă debitorului nu i se ridică dreptul de administrare, atunci nu ar fi nevoie de altcineva decât administratorii statuari să îl exercite.

Mandatul administratorilor statuari încetează de la ridicarea dreptului de administrare sau de la data desemnării administratorului special, iar *mandatul administratorului special* se limitează la reprezentarea intereselor acționarilor/asociaților de la data ridicării dreptului de administrare, încetarea mandatului impunând obligația predării gestiunii.

Astfel, dacă la momentul deschiderii procedurii generale nu s-a ridicat dreptul de administrare și există contracte în derulare, activitatea curentă continuată în raport cu acestea va fi administrată pentru o scurtă perioadă de timp de către administratorul statutar pentru că, oricum, la acel moment nici nu are cine să exercite în fapt dreptul respectiv (administratorul special nu este încă desemnat, iar administratorul judiciar, deși a fost desemnat, cel puțin provizoriu, nu a preluat dreptul de administrare, deoarece nu s-a ridicat acest drept debitorului, în raport cu declararea intenției de reorganizare; în acest context, procedura ar putea evolua în continuare fie spre plan, fie spre faliment).

34. Desemnarea în procedură a administratorului special are caracter *obligatoriu*, iar nu facultativ.

Conform art. 53 alin. (2) din Codul insolvenței, *sanctiunea nedesemnării* unui administrator special de către adunarea asociaților/acționarilor/membrilor este *ridicarea dreptului de administrare al debitorului*, dacă acesta nu a fost ridicat, și *decăderea debitorului și a asociaților/acționarilor/membrilor din drepturile recunoscute de procedură* și care sunt exercitate prin administrator special.

Decăderea nu intervine, așa cum ar putea rezulta la o citire superficială a textului de lege, în adunarea asociaților/acționarilor convocată de administratorul judiciar (nici adunarea, nici administratorul nu au vreo abilitare legală să dispună în acest sens), ci

[1] C.A. Pitești, s. com., dec. nr. 474 din 24 aprilie 2009, www.juridice.ro.

[2] R. Bufan, R. Andraș, art. cit., p. 29.

evident, ulterior, potrivit regulilor procedurii, prevăzute îndeosebi prin art. 92 și art. 97 din Codul insolvenței.

Practic, nedesemnarea administratorului special constituie un argument pentru susținerea motivelor prevăzute expres pentru efectuarea demersurilor conform acestor dispoziții (care se referă la ridicarea dreptului de administrare și trecerea la faliment), un astfel de motiv fiind, de exemplu, lipsa probabilității unui plan (debitorul nu îl poate propune decât prin administratorul special, care nu a fost desemnat; desigur, planul mai poate fi depus și de administratorul judiciar sau de către creditorii, dar de ce ar mai face-o aceștia, dacă debitorul nu va avea un administrator special desemnat pentru a conduce activitatea debitorului într-o eventuală reorganizare în baza unui plan). Oricum, atât ridicarea dreptului, cât și decăderea din drepturi, cu trecerea la faliment, pot fi dispuse doar de judecătorul-sindic, în contradictoriu cu debitorul reprezentat *prin administratorul statutar* (care va putea formula apel prin reprezentantul respectiv, astfel fiind parte în primă instanță).

Prin urmare, sancționarea nedesemnării administratorului special are drept consecință îndreptarea către faliment (iar nu și spre reorganizarea pe baza unui plan), iar în faliment exercitarea a ceea ce mai rămâne din dreptul de administrare revine lichidatorului^[1].

35. Dacă se desemnează administratorul special, acestuia îi revine *exercitarea dreptului de administrare* pe care îl preia de la administratorul statutar, procedura putând evolua la acest moment către plan sau către faliment, în măsura în care sunt îndeplinite cerințele legii. Administratorul special exercită atribuțiile de administrare și cele oportune la acel moment (propunerea unui plan, contestații).

În ceea ce privește perioada de observație, actele de administrare pe care le exercită administratorul special se referă în primul rând la activitățile prevăzute de art. 5 pct. 2 sau art. 87 alin. (1) din Codul insolvenței, adică la continuarea *activității curente*^[2].

Totodată, în paralel, chiar dacă debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, în sarcina administratorului judiciar revin, potrivit legii, exercitarea mai multor atribuții care țin de obiectul dreptului de administrare. Astfel, dincolo de atribuția generală de supraveghere a activității debitorului, administratorul judiciar va reprezenta debitorul în procesele în care acesta este parte, va denunța unele acte ale debitorului etc.

În continuarea procedurii, în cazul ridicării dreptului de administrare la cererea formulată potrivit art. 85 alin. (5), art. 92 și art. 97 din cod, exercitarea atributelor acestuia va reveni lichidatorului, pentru că relativ la motivele pentru care se poate formula cererea, admiterea acesteia trebuie să se facă în sensul *tregerii la faliment*.

Dar, dacă se confirmă un plan, iar debitorul intră în *perioada de reorganizare*, conform dispozițiilor exprese din art. 141 alin. (2), exercitarea dreptului de administrare va reveni administratorului special, fiind preluat de la una dintre categoriile de administratori care îl exercitau anterior. Codul face vorbire despre dreptul de conducere a activității, dar de fapt este vorba despre *dreptul de administrare*, cu mențiunea că atribuțiile privind administrarea bunurilor și dispoziția asupra lor sunt determinate de *conținutul planului confirmat*.

Dacă reorganizarea judiciară se finalizează cu o reușită, procedura se încheie, debitorul este reintegrat în activitatea obișnuită, iar dreptul de administrare revine din nou

[1] A. Avram, op. cit., p. 104.

[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 3 din 9 ianuarie 2012.

administratorilor statutari (de aceea este cazul ca mandatul acestora să fie doar suspendat în procedură). Dacă reorganizarea judiciară nu reușește, se va trece la faliment, iar dreptul de administrare *încetează de drept*, conducerea activității fiind preluată de către lichidator.

36. În continuare, vom analiza evoluția dreptului de administrare în cazul în care, *la deschiderea procedurii, se dispune ridicarea dreptului de administrare*:

– în cazul în care se deschide direct procedura simplificată, adică falimentul, dreptul de administrare se ridică *de drept* (intervine întotdeauna și obligatoriu), ca urmare a dizolvării, și conducerea este preluată de către lichidatorul judiciar de la administratorii statutari, conform art. 54;

– în cazul deschiderii procedurii generale, dacă se ridică dreptul de administrare, exercitarea acestuia va trece de la administratorul statutar la administratorul judiciar, iar ridicarea în parte implică o hotărâre de deschidere detaliată asupra împărțirii atribuțiilor între administratorul judiciar și, pe de altă parte, administratorul special/administratorul statutar^[1].

Aceasta nu înseamnă, însă, că între momentul deschiderii procedurii și până când administratorul judiciar este înștiințat despre desemnarea lui în cauză, dacă potrivit art. 123 alin. (1) sunt contracte aflate în derulare și deci se justifică o activitate curentă continuată, administrarea acestei activități nu va fi realizată *in fapt* tot de către administratorul statutar.

Pe de altă parte, însă, desemnarea administratorului special nu se va mai solda cu preluarea exercitării dreptului de administrare de către acesta asupra activității curente continuate, pentru că dreptul de administrare a fost ridicat debitorului deja prin hotărârea de deschidere a procedurii, revenind administratorului judiciar; în aceste condiții, dacă va fi desemnat administratorul special, acesta va reprezenta *doar* interesele asociațiilor/acționarilor [art. 5 pct. 4)] și va exercita în derularea procedurii atribuțiile prevăzute de art. 56 alin. (2).

În raport cu art. 85 alin. (1), la data deschiderii procedurii, ridicarea dreptului intervine întotdeauna, cu excepția cazului în care s-a formulat declarația de reorganizare de către debitor. Dar, simpla ridicare a dreptului la deschiderea procedurii generale pe motivul nedeclarării reorganizării nu înseamnă că în continuare procedura nu poate evolua spre plan, pentru că și dacă debitorul este decăzut, un plan mai poate fi depus de administratorul judiciar sau, în anumite condiții, de creditorii^[2].

Instanțele^[3] au reținut că art. 84 stabilește că, în afară de cazurile prevăzute la art. 87 de cele autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule. Articolul 87, la rândul său, prevede că pe perioada de observație, debitorul *va putea* să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, după cum urmează:

^[1] C.A. Timișoara, s. com, dec. nr. 2144/R din 21 noiembrie 2011, nepublicată.

^[2] *Ibidem*; în plus, simpla afirmare a intenției de a depune un plan i-a conferit debitoarei posibilitatea de a nu i se ridica dreptul de administrare, față de împrejurările cauzei.

^[3] Ne vom raporta, corespunzător, la numerotarea articolelor conform Codului insolvenței, deși practica judiciară citată se bazează pe textele de lege în numerotarea dată de Legea nr. 85/2006; atunci când conținutul textelor de lege diferă de la o reglementare la alta, vom face precizările de rigoare;

a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare, în sensul art. 67 alin. (1) lit. g), și nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;

b) sub conducerea administratorului judiciar, dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

Alineatul (2) al art. 87 precizează că actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile menționate la alin. (1) vor putea fi autorizate în exercitarea atribuțiilor de supraveghere de administratorul judiciar; acesta va convoca o ședință a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii acesteia. În cazul în care o anumită operațiune care excede activitatea curentă este recomandată de către administratorul judiciar, iar propunerea este aprobată de către comitetul creditorilor, aceasta va fi îndeplinită obligatoriu de către administratorul special. În cazul în care activitatea este condusă de către administratorul judiciar, operațiunea va fi efectuată de către acesta cu aprobarea comitetului creditorilor, fără a fi necesară cererea administratorului special.

Însă, aplicarea art. 87 este condiționată de împlinirea dispozițiilor cuprinse în art. 85, care stabilește că deschiderea procedurii *ridică debitorului dreptul de administrare* – constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea – *dacă acesta nu și-a declarat, în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g) sau, după caz, art. 74, intenția de reorganizare*.

În speță, nu sunt îndeplinite aceste condiții pentru ca debitorul să-și fi putut continua activitatea, în perioada de observație.

Totodată, art. 86 impune ca prin sentința sau, după caz, încheierea având drept efect ridicarea dreptului de administrare, judecătorul-sindic să dea dispoziții tuturor băncilor la care debitorul are *disponibil în conturi* să nu dispună de acestea fără un ordin al administratorului judiciar/lichidatorului.

De aceea, textele invocate stabilesc cadrul legal pentru ca reprezentanții legali ai debitoarei să aibă la dispoziție un mijloc procesual, specific fazei în care se află debitoarea, prin care să recupereze – *de la terți* – sumele de bani sau bunurile, în general, înstrăinate după deschiderea procedurii de către foștii reprezentanți ai debitoarei, în situația în care nu li se recunoaște acestora dreptul de a-și mai conduce activitatea, fie implicit, datorită faptului că acesta nu și-a declarat, în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g) sau, după caz, art. 74, intenția de reorganizare, fie datorită ridicării dreptului de administrare în mod expres de către instanță ori prin efectul legii, când se dispune falimentul debitoarei^[1].

La deschiderea procedurii, conținutul activității debitorului se restrânge automat. Astfel, potrivit interpretării *per a contrario* a dispozițiilor art. 87 din Codul insolvenței, în perioada de observație, activitățile care pot fi desfășurate de debitor sunt cele privind continuarea activității curente, cele autorizate de judecătorul-sindic, inclusiv actele de conservare și actele prevăzute de procedura în sine ținând de reprezentarea intereselor debitorului; ulterior, se mai poate adăuga activitatea în baza planului confirmat.

Articolele 54-56 din cod nu precizează clar faptul că administratorul special va efectua și *actele de administrare a averii debitorului între momentul deschiderii procedurii și momentul ridicării dreptului de administrare*. Această prerogativă, menținută explicit în textul art. 5 pct. 4, se deduce și din textul art. 56 numai prin raționamentul conform căruia însăși denumirea funcției de „administrator special” își găsește justificarea numai în măsura în care posedă și atribuții de administrare. În cazul contrar, denumirea ar fi

^[1] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 1750 din 10 octombrie 2011, nepublicată.

aceea de „reprezentant special”, și nu de „administrator special”. Textele conținute de art. 5 pct. 4 și de art. 53 nu se opun ca adunarea generală a asociaților/acționarilor să desemneze ca administrator special pe însuși *administratorul statutar* sau, după caz, pe unul dintre administratorii statutari. În cazul societății unipersonale cu răspundere limitată, de cele mai multe ori, asociatul unic cumulează și atribuțiile de administrator unic, alături de funcția de adunare generală, și este ușor de înțeles că această persoană se va autodesemna pentru funcția de administrator special. Este indicat ca adunarea generală să evite desemnarea administratorului statutar și să se orienteze spre desemnarea unui *administrator specialist în managementul crizei*, mai ales în situația în care se preconizează o reorganizare judiciară. De altfel, conform art. 85 alin. (1), dacă debitorul nu își declară intenția de reorganizare în condițiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. g) sau, după caz, art. 74, dreptul debitorului de a-și administra activitatea este suspendat de drept și intră în funcție plenară administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz^[1].

37. Codul insolvenței nu menționează care va fi *cvorumul* deliberativ pentru desemnarea administratorului special. Se ridică întrebarea dacă este sau nu compatibilă procedura de drept comun cu specificul procedurii insolvenței. Credem că în absența unor reglementări exprese derogatorii, răspunsul este afirmativ^[2].

Dacă, însă, procesul decizional va fi, într-un fel sau în altul, paralizat, această conduită obstrucționistă a deliberativului nu are sancțiune. Totodată, nimeni nu se poate substitui acestui organ în procedura desemnării administratorului special. Rămâne o problemă discutabilă dacă, în ipoteza paralizării voinței sociale prin exercitarea abuzivă a drepturilor conferite de lege unuia dintre asociați, se pot aplica sau nu, prin analogie, dispozițiile din Legea nr. 31/1990, incidente în situația societăților pe acțiuni pentru nominalizarea, cu caracter provizoriu, a unui administrator special. Credem că desemnarea administratorului special nu poate fi legal calificată ca modificare a actelor constitutive, presupunând drept consecință un *cvorum* deliberativ special, prevăzut de art. 113 al Legii nr. 31/1990 pentru adunarea generală extraordinară. Distincția între adunarea generală ordinară și cea extraordinară are drept criteriu importanța deosebită a problemelor care cad în competența celei de-a doua forme, și nicidecum caracterul neobișnuit al convocării adunării, ceea ce permite ca una și aceeași adunare să funcționeze ca adunare ordinară pentru alegerea administratorilor și cenzorilor [art. 111 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 31/1990] și totodată ca adunare generală extraordinară pentru majorarea capitalului social sau oricare altă modificare a actului constitutiv. S-a sugerat soluția aplicării *cvorumului* deliberativ *cel mai permisiv* pentru facilitarea realizării scopului și respectarea principiului celerității procedurii consacrat de art. 40 alin. (2).

O altă întrebare care se ridică este dacă hotărârea adunării generale poate sau nu să fie *contestată* și în caz afirmativ, în ce termeni și la ce jurisdicție? Se resimte absența unei reglementări legale în această privință. Termenul prevăzut de Legea nr. 31/1990 în art. 132 alin. (2) pentru atacarea hotărârii de desemnare a administratorului special îl considerăm incompatibil cu principiul celerității procedurii insolvenței. Reprezentantul debitorului în procedură trebuie să fie nominalizat în termen de 10 zile de la notificarea deschiderii procedurii. Rezultă cu evidență că termenul prevăzut de Legea societăților pentru promovarea acțiunii în anulare a hotărârii adunării generale este incompatibil.

[1] I. Turcu, Legea (...), p. 205.

[2] *Idem*, p. 206.

S-a arătat că la fel de neclare sunt și dispozițiile privind formalitățile de *publicitate* prevăzute de Legea nr. 31/1990. Considerăm că hotărârea întemeiată pe art. 53 din Codul insolvenței nu va fi supusă publicității reglementate pentru societăți prin Legea nr. 31/1990.

§2. Continuarea activității debitorului

2.1. Aspecte generale

38. În procedura generală și în cursul perioadei de observație, activitatea debitorului continuă în limitele normale ale afacerii sale. În dreptul anglo-saxon, menținerea acestei derulări a operațiunilor debitorului este denumită *business as usual*^[1].

Această regulă, cuprinsă în legislația noastră în dispozițiile art. 87, este amplu discutată și supusă interpretării diferite.

Potrivit art. 87 din Codul insolvenței, pe perioada de observație^[2], debitorul va putea să continue desfășurarea activităților curente și poate efectua plăți către creditorii cunoscuți, care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente, după cum urmează:

- a) sub supravegherea administratorului judiciar, dacă debitorul a făcut o cerere de reorganizare, în sensul art. 67 alin. (1) lit. g), și nu i-a fost ridicat dreptul de administrare;
- b) sub conducerea administratorului judiciar, dacă debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

Alineatul (2) arată că actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile menționate la alin. (1) vor putea fi *autorizate* în exercitarea atribuțiilor de supraveghere de administratorul judiciar; acesta va convoca o ședință a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii acesteia; în cazul în care o anumită operațiune care excedează activitatea curentă este recomandată de către administratorul judiciar, iar propunerea este aprobată de către comitetul creditorilor, aceasta va fi îndeplinită obligatoriu de administratorul special. În cazul în care activitatea este condusă de către administratorul judiciar, operațiunea va fi efectuată de către acesta cu aprobarea comitetului creditorilor, fără a fi necesară cererea administratorului special.

În cazul propunerilor de înstrăinare a bunurilor din averea debitorului grevate de cauze de preferință, se va asigura o protecție corespunzătoare a respectivei creanțe.

Potrivit art. 5 pct. 2 din Codul insolvenței, *activitățile curente* reprezintă acele activități de producție, comerț sau prestări de servicii și operațiuni financiare, propuse a fi efectuate de debitor în perioada de observație și în perioada de reorganizare, în cursul normal al activității sale, cum ar fi:

- a) continuarea activităților contractate și încheierea de noi contracte, conform obiectului de activitate;
- b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora;
- c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente.

[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 535.

[2] Pentru dezvoltări, C. Popa, Activități comerciale curente în perioada de observație, în Phoenix nr. 18, octombrie-decembrie 2006, p. 8 și urm.

2.2. Durata regulii *business as usual*

39. De principiu, la data deschiderii procedurii, activitățile derulate de debitor potrivit obiectului său de activitate ar trebui să înceteze, din moment ce tocmai acele activități l-au condus la starea de insolvență, în raport cu care debitorului i se ridică, de regulă, dreptul de administrare și este desesizat de bunurile în baza cărora își poate derula activitatea.

Însă, aspectul încetării activității apare mai pregnant în cazul deschiderii procedurii simplificate^[1]. În cazul deschiderii procedurii generale, mai înainte de eventuala trecere la faliment^[2] este instituită, sub aspect procedural, posibilitatea continuării activității debitorului în baza unui plan de reorganizare, ceea ce implică ideea că nu s-ar mai justifica încetarea activității de către debitor la deschiderea procedurii pentru a fi reluată apoi în cadrul reorganizării judiciare. De altfel, încetarea dintr-o dată a activității obișnuite a debitorului nici nu este posibilă în fapt, de cele mai multe ori, chiar de la momentul deschiderii procedurii, dintr-o serie de motive (contracte în curs de executare, procese tehnologice în derulare etc.). În plus, încetarea activității la deschiderea procedurii poate aduce nu numai pierderi efective debitorului, de exemplu atunci când oprirea imediată a unei linii de producție implică cheltuieli mai mari decât o oprire normală în termen mai îndelungat sau când încetarea producției pentru livrarea în baza unui contract determină dreptul la despăgubiri în favoarea beneficiarului, dar poate și lipsi averea debitorului de profitul generat de continuarea unei activități sau poate chiar lipsi debitorul de șansele la reorganizare judiciară. Toate acestea în condițiile în care în urma deschiderii procedurii generale (sau, cu anumite limitări, chiar în urma trecerii la faliment odată cu deschiderea procedurii simplificate), urmează perioada de observație, cu privire la care sunt aplicabile dispozițiile art. 87 din Codul insolvenței.

Se consideră că, pentru înlăturarea eventualelor pierderi și pentru adăugarea unui surplus de valoare averii debitorului, deci pentru maximizarea acesteia, se justifică *continuarea derulării unor activități* de către debitor și după deschiderea procedurii în mod similar desfășurării activității obișnuite anterioare^[3].

2.3. Activitățile ce se încadrează în această categorie

40. Nu poate fi, însă, vorba despre continuarea oricărei activități. Pe lângă criteriul principal, acela de a avea ca rezultat *maximizarea averii debitorului* (care este o decizie economică, de apanajul practicianului), din formularea textului mai rezultă și *alte criterii* care trebuie avute în vedere: trebuie să fie vorba despre activități incluse în obiectul de activitate al debitorului (nu țin însă de această categorie alte activități, cum sunt cele administrative, de exemplu cele de conservare sau întreținere, de pază a bunurilor debitorului etc.). În principiu, trebuie să fie vorba despre continuarea unei activități care

^[1] Cum caracteristica de bază a procedurii simplificate este celeritatea, întreaga activitate a debitorului din acest moment va fi desfășurată de lichidatorul judiciar sub imperiul principiului rentabilizării maxime a averii acestuia. Regula este că activitatea debitorului încetează complet și imediat, dat fiind că este imposibil a se mai derula activitățile curente. Excepția intervine atunci când activitatea debitorului nu încetează complet și imediat, ci doar se reduce la minimul necesar, în scopul evitării sau reducerii pierderilor, în funcție de specificul respectivei activități desfășurate.

^[2] Când i se ridică debitorului dreptul de administrare *ex lege*. Manualul de bune practici, editat prin Programul Phare 2002, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, de Ministerul Justiției, martie 2006, p. 58-59.

^[3] A. Avram, op. cit., p. 126.

era în derulare la momentul deschiderii procedurii, iar nu de începerea după deschiderea procedurii a unei activități noi, chiar dacă e menționată în obiectul de activitate, sau de reluarea unei activități încetate anterior deschiderii, acestea putând constitui eventual doar obiectul planului; totodată, trebuie să fie vorba de o activitate curentă, a cărei derulare este actuală, iar nu de o activitate care poate fi la fel de bine oprită. În acest sens, s-a stabilit că plata efectuată de debitor după deschiderea procedurii, a unor rate scadente, face parte din activitatea curentă^[1]. Activitatea trebuie să constituie obiectul unui contract, produsul rezultat trebuind să aibă asigurată desfacerea, pentru că nu s-ar justifica să se continue o activitate pe stoc.

Menținerea sau denunțarea contractelor revine în sarcina practicianului în insolvență, indiferent dacă i s-au transmis sau nu atribuțiile dreptului de administrare.

În conformitate cu prevederile art. 123, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate, în vederea maximizării averii debitorului, să mențină sau să denunțe orice contract în care este parte acesta și care, la data deschiderii procedurii, nu este executat în totalitate sau substanțial de către toate părțile implicate.

Când decizia practicianului a fost în sensul denunțării unui contract, iar debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, debitorul nu poate opune o decizie în sensul contrar, al continuării activității aferente aceluși contract^[2]. Aceasta deoarece, chiar dacă debitorul exercită dreptul de administrare, trebuie avut în vedere că acest drept nu mai poate fi exercitat, inclusiv sub aspectul conținutului, ca în situația dinaintea deschiderii procedurii, ci trebuie *subordonat* cerințelor, imperativelor acesteia (de exemplu, chiar în cazul reorganizării propriu-zise în baza planului confirmat, din dreptul de administrare debitorul exercită direct doar dreptul de conducere, sub supravegherea practicianului; administrarea și dispoziția asupra bunurilor se realizează tot de debitor, dar în conformitate cu clauzele din plan referitor la acestea și cu prevederile legii speciale). Or, în raport cu scopul procedurii (acoperirea pasivului), prin continuarea unor activități nu trebuie să fie lezat dreptul creditorilor la realizarea creanțelor în procedură și trebuie avut în vedere că practicianul în insolvență este organ de aplicare a procedurii, iar nu debitorul, deci acesta din urmă nu poate acționa în contradictoriu, ci își subordonează propriile decizii deciziilor practicianului în insolvență.

De altfel, în condițiile art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței, conducerea activităților care se continuă de către debitor privește, la momentul respectiv, pe cel care *exercită efectiv* dreptul de administrare (sau atribuțiile corespunzătoare din conținutul acestuia), sub acest aspect putând fi vorba, după caz, de administratorul statutar, administratorul special sau administratorul judiciar (implicarea în același sens a lichidatorului, în contextul existenței unor elemente ale perioadei de observație și după deschiderea procedurii simplificate trebuie privită ca o situație de excepție și care nu presupune diferențe de fond). Fiind vorba despre o decizie cu conținut economic și managerial, pentru a nu leza interesele creditorilor, aceștia, prin organele lor, constituite în cadrul procedurii, o pot controla sub aspectul *oportunității*. Judecătorul-sindic poate fi sesizat și se poate pronunța sub aspectul *legalității*^[3].

[1] C.A. Cluj, dec. com. nr. 1252/2007, în B.J. 2007, p. 579.

[2] C.A. București, dec. civ. nr. 1305/2007, în M.M. Pivniceru, C.A. Susanu, M. Susanu, Procedura insolvenței. Practică judiciară 2006-2009, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 213.

[3] Conținutul dreptului de administrare este drastic redus la sfera activităților curente și a plăților către creditorii cunoscuți, în cursul perioadei de observație, în condițiile în care debitorul și-a declarat intenția de reorganizare a activității. Aceasta deoarece între sfera activităților curente și plăților către creditorii cunoscuți,

Autorizarea actelor și operațiunilor care nu se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente este de competența *administratorului judiciar*, care va convoca o ședință a comitetului creditorilor în vederea supunerii spre aprobare a cererii administratorului special, în termen de maximum 5 zile de la data primirii cererii de autorizare.

Observăm că autorizarea necesară din partea administratorului judiciar^[1] este condiționată de *votul comitetului creditorilor*.

Legiuitorul nu a făcut o referire expresă la *administratorul statutar* dar, deoarece la deschiderea procedurii contractele în derulare se consideră menținute, nu întotdeauna se ridică dreptul de administrare, iar administratorul special poate fi desemnat numai după un timp, *în fapt* acest administrator trebuie avut în vedere sub aspectul conducerii activității curente continuate obișnuite, adică potrivit art. 87 alin. (1), pentru o scurtă perioadă, *tranzitorie*, până la desemnarea administratorului special sau preluarea efectivă a dreptului de administrare de către administratorul judiciar. Un argument în acest sens îl constituie și faptul că, în cuprinsul dispozițiilor art. 84 alin. (3), legiuitorul a înțeles să se refere la „debitor”, ocolind astfel să facă vreo distincție referitoare la administratorul statutar și cel special, termenul utilizat implicând ambele categorii de administratori, după caz. În același sens pot fi reținute și dispozițiile art. 54 din Codul insolvenței, potrivit cărora mandatul administratorilor statutarî încetează, cu predarea gestiunii, de la data ridicării dreptului de administrare sau a desemnării administratorului special^[2].

Dispozițiile art. 87 alin. (2) au în vedere două situații: situația când există o cerere a administratorului special, deci dreptul de administrare nu a fost ridicat și un administrator special a fost desemnat, iar atribuțiile administratorului judiciar se manifestă sub aspectul supravegherii activității debitorului, și situația în care activitatea este condusă de către administratorul judiciar, dreptul de administrare fiind ridicat debitorului.

Așadar, actele, operațiunile și plățile care depășesc condițiile menționate la alin. (1) pot fi efectuate atât înainte, cât și după desemnarea administratorului special, însă cererea în vederea autorizării nu va putea fi formulată nici de către administratorul statutar, nici de către un eventual reprezentant al debitorului desemnat ad-hoc de judecătorul-sindic.

41. În ceea ce privește *conținutul activității obișnuite continuate* conform art. 87 alin. (1), adică ce activități se continuă, decizia aparține *practicianului în insolvență*, în sensul că, dacă la momentul deschiderii procedurii, contractele în derulare se consideră, toate, ca fiind menținute, ulterior, acesta poate să denunțe unele sau toate contractele respective sau să nu denunțe niciunul. În cazul actelor, operațiunilor și plăților prevăzute de art. 87 alin. (2) (care nu fac parte din activitatea presupusă de continuare a executării contractelor aflate în derulare la deschiderea procedurii, ci doar se raportează în mod necesar la aceasta), cel care le autorizează este *comitetul creditorilor*.

pe de o parte, și sfera dreptului de administrare, pe de altă parte, nu se poate pune semnul egalității, prima categorie fiind înglobată în cadrul celei de-a doua.

^[1] Lipsa autorizării prealabile, atunci când legiuitorul a impus o asemenea cerință pentru validitatea actului juridic, se sancționează cu *nulitatea absolută* a actului respectiv. A se vedea, în acest sens, T. Popescu, P. Anca, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Științifică, București, 1968, p. 90.

^[2] St.D. Cărpănuș, Drept comercial român, p. 660; și în situația în care judecătorul-sindic nu ar dispune, prin încheiere, ridicarea dreptului de administrare al debitorului, acest efect se produce totuși în temeiul legii, la momentul intrării în faliment.

Dacă la deschiderea procedurii nu există contracte în curs de derulare, nu se poate vorbi nici despre continuarea unei activități curente în înțelesul art. 87 alin. (1) și, pe cale de consecință, nici în înțelesul art. 87 alin. (2), eventualele activități administrative, de pază sau conservare a bunurilor etc. având un alt temei^[1]. Fac excepție cazurile în care activitatea debitorului se desfășoară exclusiv pe bază de comenzi.

Este de precizat că, prin formularea din art. 87 alin. (1): debitorul „poate efectua plăți către creditorii cunoscuți” nu trebuie înțeleasă și plata creanțelor anterioare deschiderii procedurii în sensul acoperirii pasivului ca scop al procedurii, ci posibilitatea efectuării unor plăți către creditorii legate numai de continuarea activității curente în înțelesul rezultând din prevederile art. 5 pct. 2 lit. a) și b) din Codul insolvenței, în contextul în care mulți dintre creditorii care se înscriu la masa credală au în același timp și calitatea de cocontractant al debitorului într-un contract a cărei executare constituie chiar obiectul activității curente continuate.

De aceea, trebuie avut în vedere că scopul prevăzut de art. 2 se poate realiza din averea debitorului doar prin modalitățile reglementate expres prin legea specială – planul și procedura falimentului, continuarea activității curente neputându-se substitui acestor modalități.

Cum valorificarea averii debitorului se poate face în procedură doar în scopul prevăzut de art. 2, continuarea activității curente nu poate să ofere un pretext pentru spolierea în mod fraudulos a averii debitorului, cu lezarea interesului creditorilor, utilizarea bunurilor debitorului în cadrul acesteia fiind necesar să se facă potrivit cerințelor legii speciale referitoare la această continuare. Plățile efectuate în legătură cu continuarea activității curente relativ la continuarea executării unui contract înseamnă că datoriile debitorului față de cocontractantul creditor, constituind creanțe curente, adică cele care urmează să fie plătite în executarea contractului la termene situate după data la care a intervenit deschiderea procedurii, născute după aceasta dată, vor fi plătite fără să se considere că această plată ar fi o derogare de la ordinea de priorități.

42. Această în contextul în care, potrivit modificărilor art. 102 alin. (6) din Codul insolvenței, toate creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală, iar aceste dispoziții se aplică în mod corespunzător și pentru creanțele născute în procedura falimentului. Creanțele născute în perioada de observație provin îndeosebi din continuarea activității potrivit art. 87 alin. (1) sau în contextul prevăzut de art. 77 alin. (1) din Codul insolvenței și, evident, sunt ulterioare deschiderii procedurii. Este de reținut și că potrivit art. 123 alin. (1), contractele în derulare se consideră menținute la data deschiderii procedurii, orice clauză contractuală de desființare a contractelor în derulare pentru motivul deschiderii procedurii fiind nulă.

În consecință, în raport cu prevederile art. 102 alin. (1) și (6), creanțele născute după deschiderea procedurii din continuarea activității curente potrivit art. 87 din Codul insolvenței nu trebuie menționate, în vederea plății, în tabelul preliminar sau definitiv al obligațiilor debitorului și, de altfel, nici într-un eventual plan de reorganizare. Legiuitorul a prevăzut posibilitatea includerii în plan doar în ipoteza reglementată prin art. 134 alin. (1), referitoare la posibilitatea desemnării în plan a categoriei separate a creditorilor indispensabili, și anume furnizorii fără de care activitatea debitorului nu se poate des-

[1] Cheltuieli curente.

fășura și care nu pot fi înlocuiți. Creanțele reprezentând valoarea serviciilor intervenite după deschiderea procedurii reprezintă, practic, cheltuieli de administrare a procedurii și, prin urmare, includerea creditorilor respectivi în plan nu are caracter obligatoriu, ci *facultativ*. Includerea în planul de reorganizare se referă la menționarea acestor creanțe în tabelul de creanțe cuprins în plan, tabel care, potrivit art. 5 pct. 53 din Codul insolvenței, se raportează la tabelul definitiv de creanțe, la care se ajunge în urma derulării procedurii de verificare, pornindu-se de la declarațiile de creanță, iar acestea din urmă se pot formula, potrivit art. 102 alin. (1), doar pentru *creanțe anterioare deschiderii procedurii*.

Pe de altă parte, creanțele născute după data deschiderii procedurii, rezultate din continuarea activității debitorului după această dată (continuarea activității curente, reorganizarea propriu-zisă) vor fi menționate, potrivit art. 146 alin. (1)-(3), în ipoteza trecerii la procedura falimentului, în tabelul suplimentar și tabelul definitiv consolidat, precum și achitate, în ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 pct. 1 sau 4 din Codul insolvenței.

Dispozițiile art. 87 constituie în mod expres o excepție de la prevederile art. 84, referitoare la nulitatea oricărui actelor, operațiunilor și plăților efectuate de debitor după deschiderea procedurii. În cazul trecerii la faliment, creanțele născute după deschiderea procedurii, despre care nu se poate reține că au rezultat în mod legal în urma continuării activității potrivit cerințelor procedurii (permise de art. 84 și de plan), vor fi prezumate ca fiind în dauna creditorilor și *anulate*, în limita art. 150 alin. (3).

Dispozițiile art. 5 pct. 2 lit. a), b) și c) din Codul insolvenței au în vedere, în mod nelimitativ, trei categorii-cadru de activități, care pot fi exemplificate și astfel: contractarea unui credit și achiziția de materii prime necesare continuării activității curente, însoțite de operațiuni de plată a furnizorilor, continuarea procesului de producție pe o linie tehnologică utilizându-se materiile prime achiziționate, vânzarea produselor realizate, încasarea prețului acestora.

Activitățile trebuie să fie identificate precis, fără echivoc.

În doctrină s-a apreciat, pornind de la prevederea în art. 5 pct. 2 a *asigurării finanțării*, că aceasta se poate realiza prin contractarea unui împrumut, adică prin acumularea de capital din surse externe, dar nimic nu se opune ca finanțarea să fie asigurată de asociați/acționari prin noi aporturi de capital social^[1]. Or, nu poate fi vorba de o finanțare a continuării activității curente printr-o majorare de capital social în raport cu asociații existenți sau terțe persoane, care înseamnă o operațiune de altă natură, specifică reorganizării, și care poate constitui doar *obiectul unui plan*. O astfel de majorare tinde, de fapt, să înlocuiască în mod nelegal procedura derulată în baza unui plan^[2]. În același sens, se mai poate avea în vedere că dispozițiile art. 5 pct. 2 lit. c) se referă expres doar la finanțarea capitalului de lucru în limite curente, iar nu și la finanțarea capitalului social.

Asociații/acționarii pot, însă, să împrumute debitorul.

43. Persoanele cărora le revine, în perioada de observație, conducerea, administrarea activității curente continuate, care încheie pentru debitor actele necesare pot fi, după caz, *administratorul statutar, administratorul special sau administratorul judiciar*, în măsura în care acestea exercită dreptul de administrare.

^[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 322, referindu-se la posibilele interferențe ale asociaților/acționarilor în derularea procedurii.

^[2] A. Avram, op. cit., p. 131.

Astfel, potrivit art. 123 alin. (1), la data deschiderii procedurii, contractele în derulare se consideră menținute, dar demersul practicianului în sensul nementinerii contractelor pe calea denunțării poate interveni efectiv doar ulterior, după perioada de timp necesară pentru a lua cunoștință despre desemnare, despre situația debitorului etc. De asemenea, la data deschiderii procedurii activitatea debitorului este condusă de administratorii statutari, iar prin hotărârea de deschidere este desemnat în mod obligatoriu doar practicianul în insolvență, iar nu și administratorul special. În raport cu dispozițiile art. 54, dacă prin hotărârea de deschidere a procedurii s-a ridicat dreptul de administrare, mandatul administratorilor statutari încetează de la acea dată, în măsura ridicării dreptului de administrare, exercitarea acestui drept revenind practicianului în insolvență. Dacă, prin hotărârea de deschidere, nu s-a ridicat dreptul de administrare (și debitorul a formulat cerere de reorganizare), acesta va fi exercitat doar temporar de administratorii statutari până la desemnarea administratorului special, căruia îi va reveni, în continuare, exercitarea dreptului, iar în cazul ridicării ulterioare, până la finalul perioadei de observație, acesta va reveni practicianului în insolvență. În raport tot cu art. 54 din Codul insolvenței, mandatul administratorilor statutari încetează de la data ridicării dreptului de administrare sau de la data desemnării administratorului special, iar încetarea mandatului impune obligația predării gestiunii cu privire la care sunt aplicabile și prevederile art. 84 alin. (2).

Nedeseemnarea administratorului special potrivit cerințelor procedurii atrage ridicarea dreptului de administrare, în conformitate cu prevederile art. 53 alin. (2) din Codul insolvenței.

Confirmarea unui plan sau trecerea la faliment vor determina, mai departe, regimul aplicabil exercitării dreptului de administrare.

Dispozițiile art. 87 alin. (1) lit. a) și b) indică doar situațiile în care administratorul judiciar supraveghează sau conduce efectiv continuarea activității curente. Conducerea activității, administrarea bunurilor și dispunerea de acestea apar în calitate de părți componente care acoperă în mod exhaustiv conținutul dreptului de administrare, între acestea putându-se stabili relația de tipul parte-întreg^[1]. De aceea, dreptul de administrare al debitorului asupra activității sale nu se confundă cu dreptul de administrare al debitorului exercitat asupra bunurilor din averea sa.

44. În ceea ce privește delimitarea perioadei de continuare a activității curente, dispozițiile art. 87 au în vedere, sub acest aspect, perioada de observație [unele activități de natura celor curente pot fi îndeplinite chiar și în faliment, corespunzător prevederilor art. 85 alin. (7) dar, de principiu, trebuie limitate]. Prin urmare, limitele generale ale continuării activității curente sunt limitele perioadei de observație.

În ceea ce privește *momentul* „inițial” de la care activitățile curente se pot continua, acesta este întotdeauna cel al deschiderii procedurii. În acest context, activitățile contractate și derulate anterior, la care se referă art. 5 pct. 2 lit. a), se propagă peste momentul deschiderii (care în fapt nu poate fi un *hiatus*), în perioada de observație, con-

^[1] La o primă examinare a textului, s-ar părea că există o suprapunere de conținut între noțiunea gen (dreptul de administrare) și noțiunile specii (conducerea activității, administrarea bunurilor și dispunerea de acestea). Însă, legiuitorul definește dreptul de administrare al debitorului privind activitatea sa în ansamblu, iar acesta înglobează ca elemente componente:

- dreptul debitorului de a-și (mai) conduce activitatea;
- dreptul debitorului de a-și (mai) administra bunurile din averea sa;
- dreptul debitorului de a (mai) dispune de bunurile din averea sa.

tinuând în mod curent și în această perioadă. Dacă se justifică, extinderea în perioada de observație poate privi, practic, întreaga activitate contractată anterioară deschiderii, pe care, însă, legiuitorul o împarte în două categorii: *activitatea curentă în condiții obișnuite* – art. 87 alin. (1) și *activitatea curentă care depășește condițiile obișnuite* – art. 87 alin. (2) și (3).

În doctrină, sub imperiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006 în forma inițială, s-a arătat faptul că după ce este desemnat prin hotărârea de deschidere, administratorului judiciar îi este necesară o perioadă de timp pentru a fi în măsură să procedeze la denunțarea sau menținerea contractelor debitorului, delimitând astfel activitățile contractate supuse continuării^[1]. Desemnarea administratorului special la un anumit interval de timp de la deschiderea procedurii, precum și ideea de principiu că deschiderea procedurii restricționează debitorul au condus, de regulă, în ceea ce privește situația în discuție, la confuzie sub aspectul stabilirii, încă de la data deschiderii procedurii, a limitelor obiectului activității curente continuate. Aceasta cu toate că o analiză corespunzătoare era în măsură să arate că activitatea contractată curentă, continuată în perioada de observație, nu poate suferi nicio limitare sau diminuare de conținut imediat după deschiderea procedurii de aceeași activitate anterioară, fiind vorba de o continuare a executării contractelor și după deschidere – în condițiile art. 123 alin. (1). Ceea ce nu mai continuă după deschiderea procedurii din activitatea debitorului anterioară deschiderii se include în alte categorii de activități decât activitatea contractată curentă. Dispozițiile art. 87 au în vedere această din urmă distincție și prevăd cum se autorizează și administrează activitatea contractată curentă (obișnuită sau, respectiv, derulată în alte condiții decât cea obișnuită).

În ceea ce privește *limita de finalizare* a continuării activității curente din perioada de observație, se impun mai întâi două precizări.

Dispozițiile art. 87 trebuie respectate și aplicate de către oricare dintre persoanele cărora le revine, în derularea procedurii, exercitarea dreptului de administrare (după caz, administratorul statutar, administratorul special sau practicianul în insolvență), în caz de derogare intervenind *sanctiunea nulității* prevăzută de art. 84 din Codul insolvenței.

Nici continuarea și nici finalizarea continuării activității curente contractate, în structura care rezultă potrivit art. 5 pct. 2 și art. 87, nu sunt determinate în mod direct de desesizarea debitorului, de ridicarea dreptului de administrare care sunt de natură să determine necontinuarea altui gen de activități, acte, operațiuni. În practică^[2], judecătorul-sindic a declarat nulă o operațiune de export de mărfuri efectuată de administratorul statutar al debitoarei după deschiderea procedurii insolvenței, dispunându-se repunerea părților în situația anterioară. Curtea de Apel Timișoara^[3] a respins recursul declarat de cocontractantul debitoarei și a menținut dispoziția judecătorului-sindic, apreciind că legea instituie sancțiunea nulității absolute a actului de înstrăinare de bunuri efectuat de către debitoare după deschiderea procedurii insolvenței.

În concret, limita finală a continuării activității curente poate depinde în funcție de mai multe situații posibile: astfel, un contract în baza căruia continuă o activitate curentă poate fi denunțat de către practicianul în insolvență, cu consecința încetării activității privind executarea acestuia. Dacă sunt menținute mai multe contracte, continuarea ac-

[1] I. Turcu, Legea (...), p. 330.

[2] Trib. Arad, sent. civ. nr. 624/2005, nepublicată.

[3] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 2096 din 14 noiembrie 2005, nepublicată.

tivității contractate curente se finalizează atunci când se finalizează executarea ultimului dintre contractele menținute.

Încheierea perioadei de observație, potrivit prevederilor art. 5 pct. 42, la data confirmării planului sau, după caz, a intrării în faliment, înlătură în general posibilitatea continuării activității curente în înțelesul art. 87. Activitatea derulată ulterior, în timpul perioadei de reorganizare propriu-zisă, nu mai reprezintă o continuare a activității curente ci, în mod distinct, indiferent de eventuale asemănări sub aspect material, o activitate în baza unui *plan confirmat*.

45. Prin dispozițiile art. 87 alin. (2) și (3), legiuitorul a avut în vedere o ipoteză distinctă de aceea prevăzută la alin. (1), și anume, aceea privind *efectuarea în cadrul continuării activității curente de acte, operațiuni și plăți care depășesc condițiile obișnuite de exercitare a activității curente* (iar nu activitatea curentă în sine, cum greșit s-a mai apreciat în doctrină). Legiuitorul a prevăzut că pentru a putea fi efectuate, acestea trebuie să fie mai întâi *autorizate de către administratorul judiciar*, în exercitarea atribuțiilor de supraveghere a activității curente continuate, și această atribuție având un caracter concret managerial, în sensul art. 45 alin. (2); în cazul în care dreptul de administrare a fost ridicat, iar conducerea activității curente revine administratorului judiciar, acesta va efectua actele, operațiunile și plățile, fără să mai fie necesar să se autorizeze pe sine însuși. În ambele cazuri, însă, având în vedere că, în raport cu economia legii, legiuitorul a promovat ideea controlului procedurii, sub aspectul măsurilor economice, din partea creditorilor (în timp ce acționarii sunt îndepărtați), se pune problema *acordului creditorilor*, dar în mod diferit. Legiuitorul s-a referit expres, în cuprinsul art. 87 alin. (2), doar la ipoteza în care debitorul, prin administratorul special (după cum s-a arătat, în acest caz nu poate fi vorba și de administratorul statutar), are dreptul de conducere: acesta va trebui să ceară administratorului judiciar să-i autorizeze efectuarea actelor, operațiunilor și plăților în discuție. Pentru autorizare, administratorul judiciar trebuie să aibă *acordul comitetului creditorilor* cu privire la cele cerute, scop în care va convoca o ședință a acestuia în termenul stabilit de lege. Prin urmare, sub aspectul în discuție, debitorul nu tratează direct cu creditorii. În cazul în care administratorul judiciar are dreptul de conducere, sunt aplicabile dispozițiile art. 45 alin. (2), și anume creditorii pot exercita controlul deciziilor manageriale, economice ale administratorului judiciar prin organele lor, ceea ce se realizează potrivit celorlalte reguli instituite de lege în sensul respectiv. Măsurile practicianului pot fi, însă, contestate de creditorii, potrivit art. 59 alin. (5) din Codul insolvenței. În lipsa acordului creditorilor, actele, operațiunile și plățile efectuate nu vor fi valabile.

Obținerea acordului creditorilor asupra continuării activității în condițiile art. 87 alin. (2) este pe deplin justificată, deoarece aceștia suportă riscul ca în continuarea activității curente să nu crească averea debitorului, ci, dimpotrivă, să se ajungă la acumularea de debite (creanțele împotriva debitorului rezultate din continuarea activității contractate) și la pierderi noi, reducându-li-se, proporțional, șansele la realizarea creanțelor lor, deoarece masa credală va trebui să suporte și creanțele care rezultă din activitatea continuată și care sunt plătite pe măsura scadenței lor, adică, practic, înaintea celor anterioare deschiderii. Oricum, exprimarea în mod unitar a acordului în cadrul comitetului creditorilor nu este întotdeauna facilă, fiecare dintre creditorii având interesul de a-și

realiza propria creanță cu prioritate (salariații vor continuarea activității, ca și creditorii chirografari, creditorii garantați vor să se facă aplicarea dispozițiilor art. 78 etc.).^[1]

Continuarea activității contractate curente se justifică în măsura în care corespunde scopului pentru care s-au menținut contractele de către practician, iar nu și dacă se ajunge la pierderi pentru debitor, caz în care, dacă nu este probabilă adoptarea unui plan, se va trece la faliment, ceea ce înseamnă, de fapt, că încetează perioada de observație. Dar, chiar dacă conduc la cheltuieli suplimentare în limite rezonabile, unele activități trebuie continuate chiar și în faliment dacă în final conduc la o valoare mai mare a bunurilor debitorului^[2] (de exemplu, în cazul în care oprirea unei instalații ar presupune cheltuieli mai mari pentru întreținere, iar în faliment poate fi valorificată la un preț mai mare decât dacă ar fi oprită, în cazul în care o cultură agricolă se află la mijlocul perioadei de creștere, astfel că nu este cazul să se renunțe la aceasta etc.); este de observat că în ipoteza continuării unei activități în faliment, criteriul determinant rămâne tot cel economic, vizând maximizarea averii debitorului, iar o astfel de ipoteză poate fi acceptată dacă este justificată ca o operațiune în limita lichidării.

În doctrină s-a apreciat că, din moment ce dispozițiile art. 87 alin. (2) lasă să se înțeleagă că actele la care se referă vor fi propuse de către administratorul special și ulterior aprobate de comitetul creditorilor, înseamnă că administratorul special nu are nevoie de acordul asociaților/acționarilor pentru a dispune asupra averii debitorului, chiar dacă propune încheierea unui act de dispoziție, raportat la preluarea funcțiilor, chiar limitate, ale conducerii^[3]. În altă opinie, s-a apreciat că cel puțin atunci când administratorul special propune o operațiune care constituie o modificare a actului constitutiv al debitorului, este necesară o *hotărâre de aprobare a adunării generale a asociaților/acționarilor*. Sub acest aspect trebuie avute în vedere dispozițiile art. 18 alin. (1) și (2)^[4] din Legea nr. 85/2006 [în prezent art. 5 pct. 4 și art. 56 alin. (2) din Codul insolvenței], în sensul că în ipoteza în discuție administratorul special reprezintă și interesele asociaților/acționarilor, deci nu poate acționa împotriva acestora, ceea ce trebuie să poată fi verificat inclusiv prin acte provenind chiar de la acționari/asociații^[5].

2.4. Disponibilitatea și modalitățile de finanțare post-inițiere

46. În conformitate cu art. 87 alin. (4) din Codul insolvenței, debitorul poate fi *finanțat pentru desfășurarea activităților curente*, în perioada de observație, numai cu aprobarea adunării creditorilor, o astfel de finanțare urmând a beneficia de *prioritate la restituire*, potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 2 sau, după caz, potrivit prevederilor art. 161 pct. 2. Aceste finanțări se vor *garanta*, în principal, prin afectarea unor bunuri sau drepturi care nu formează obiectul unor cauze de preferință, iar în subsidiar, dacă

^[1] A. Avram, op. cit., p. 136.

^[2] Despre importanța principiului continuității în reflectarea unei imagini fidele de către situațiile financiare a contribuit la ridicarea acestui principiu la rangul de „postulat al continuității exploatarei”. Deși se referă la perioada anterioară intrării în insolvență, a fost apreciat ca fiind relevant în aprecierea rentabilității afacerii. Pentru dezvoltări, O. Bunget, A. Dumitrescu, în Phoenix, nr. 14/2005, p. 11 și urm.

^[3] A se vedea, pentru analiza în detaliu a funcțiilor conducerii, Al. Puiu, Management în afacerile economice internaționale. Tratat, Ed. Paper Print Invest SA, Brăila, 1996, p. 42-43.

^[4] C. Rotaru, Legea falimentului. Doctrină, jurisprudență și legislație, Ed. Cognitum, 2001, p. 101-102, care consideră inutilă prevederea privind nedeclararea intenției de reorganizare care atrage implicații similare cu cele prevăzute de vechea reglementare, anterioară Legii nr. 64/1995, respectiv dreptul de administrare al debitorilor, tratat la secțiunea dedicată falimentului.

^[5] Presumarea unui mandat tacit exprimat de aceștia este susținută de I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 375.

nu există astfel de bunuri sau drepturi disponibile, cu acordul creditorilor beneficiari ai respectivei cauze de preferință. În ipoteza în care acordul acestor creditori nu va fi obținut, prioritatea la restituire a acestor creanțe, prevăzută de art. 159 alin. (1) pct. 2, va diminua regimul de îndeplinire al creditorilor beneficiari ai cauzelor de preferință, proporțional, prin raportare la întreaga valoare a bunurilor sau drepturilor care formează obiectul acestor cauze de preferință. În cazul inexistenței sau al insuficienței bunurilor care să fie grevate de cauze de preferință în favoarea creditorilor ce acordă finanțare în perioada de observație în vederea desfășurării activităților curente, pentru partea negarantată a creanței, aceștia vor beneficia de prioritate potrivit prevederilor art. 161 pct. 2.

Spre deosebire de prevederile Legii nr. 85/2006, care nu încurajau asemenea finanțări prin faptul că respectivii creditori nu beneficiau de garanții adecvate pentru recuperarea creanțelor rezultate în urma finanțării, Codul insolvenței marchează un progres important în acest sens, confirmând astfel orientarea spre acordarea unei șanse reale debitorului insolvent pentru reorganizare. Astfel, pe lângă faptul că se reglementează mecanismul finanțării, se instituie și posibilitatea garantării finanțării, precum și prioritatea la restituire, înaintea tuturor celorlalți creditori, cu excepția cheltuielilor de procedură și de conservare. Cu alte cuvinte, se acordă acestor finanțări marja de siguranță și stabilitate necesară, fără de care „prioritatea” la restituire ar fi rămas, în continuare, o prevedere legală lipsită de efectivitate.

47. Legislațiile altor state membre conferă prevederilor privind finanțarea reglementări similare, tocmai pentru a spori beneficiul unor astfel de finanțări, în lipsa cărora orice procedură de reorganizare nu ar avea șanse reale de reușită.

În cazul legii poloneze și celei germane, contractarea de împrumuturi sau facilități de creditare, precum și constituirea unor sarcini asupra bunurilor debitorului în baza unor drepturi reale trebuie aprobate de consiliul creditorilor sau de către judecătorul comisar. În cadrul procedurii de lichidare în faliment, se va da curs cererilor care decurg din finanțarea post-inițiere în prima categorie.

În baza legislației engleze, de obicei se asigură finanțări la început, fie prin intermediul unor împrumuturi directe de la creditori instituționali, fie prin recurgerea la fonduri pe care se anticipează că societatea le va recupera în perioada de administrare. Pentru a face față oricăror lipsuri, există diverse metode de a spori fondurile unei societăți insolvente sau de a acționa în sensul inițierii de proceduri împotriva terților; un administrator sau lichidator poate transfera proprietatea în legătură cu care există un temei de acționare în instanță și poate cesiona temeiul de acționare în instanță, spre exemplu dreptul de a introduce o acțiune în instanță, sau poate cesiona daunele sau beneficiile.

Practicienii din Italia, Germania, Spania și Franța par a considera că finanțarea post-inițiere nu este o problemă atât de mare, deoarece este considerată o cheltuială administrativă în cadrul procedurii de faliment și achitată prioritar, cu aprobarea instanței.

Normele privind finanțarea post-inițiere par a depinde foarte mult de măsura în care procedurile de insolvență pot fi utilizate în scopuri de reorganizare și continuare a activității.

2.5. Aspecte controversate ale continuării activității

48. Actul încheiat de administratorul societății, neînsușit de administratorul special și nici de cel judiciar, în perioada de observație, este *anulabil*, chiar dacă pare a fi un act

încadrabil în regula afacerii obișnuite. Într-un litigiu^[1] privind valabilitatea unei modificări a contractului inițial, cauza a privit acțiunea comercială exercitată de reclamantă prin administrator judiciar, împotriva pârâtei, admisă, pe fond. S-a constatat nulitatea actului adițional la contractul de asociere în participațiune încheiat la data de 23 iulie 2008 și s-a dispus repunerea părților în situația anterioară semnării acestui act printr-o persoană care nu avea calitatea de reprezentant legal al societății, fiindu-i ridicat dreptul de administrare de către instanța de judecată, conform art. 47 din Legea nr. 85/2006, prin sentința de deschidere a procedurii, ceea ce, conform art. 3 pct. 30 din aceeași lege, atrăgea suspendarea mandatului administratorului societar sau al consiliului de administrație al debitorului, iar în cazul ridicării dreptului de administrare al debitorului, conducerea acestuia era preluată de administratorul judiciar sau de lichidator, după caz.

Reclamanta a invocat prevederile art. 20 alin. (1) lit. j) din Legea nr. 85/2006, în conformitate cu care cel care poate menține sau denunța contracte încheiate de debitor după deschiderea procedurii de insolvență pentru debitor este administratorul judiciar, deci controlul de legalitate îi aparține judecătorului-sindic, dar nici într-un caz debitorul nu poate, prin fostele sale organe de conducere, să încheie contracte ulterior datei de deschidere a procedurii insolvenței, în cazul în care dreptul de administrare i-a fost ridicat în tot.

S-a mai arătat că art. 46 din Legea nr. 85/2006 dispune în mod imperativ că în toate cazurile prevăzute de art. 49 sau cele autorizate de judecătorul-sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule și una dintre cauzele de nulitate absolută este încălcarea dispozițiilor legale privind capacitatea de a contracta, fiind inexistent un administrator legal desemnat pentru reprezentarea societății în relațiile cu terții care să fi semnat tranzacția care face obiectul litigiului.

Ca urmare a deschiderii procedurii la data de 22 ianuarie 2009, a fost ridicat dreptul de administrare al societății. Consecința ridicării în tot a dreptului de administrare îl are obligativitatea numirii unui administrator special.

Curtea a apreciat că este fără relevanță în cauză dacă acest act era sau nu profitabil părților sau dacă era sau nu publicată în BPI hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței societății care participase, în calitate de creditor declanșator, la judecarea cauzei.

Prin hotărârea de deschidere a procedurii s-a dispus ridicarea dreptului de administrare, în tot, fără a se desemna un administrator special, iar încadrarea actului în activitățile curente nu este posibilă.

Curtea a constatat că, într-adevăr, potrivit art. 46 din Legea nr. 85/2006, în afară de cazurile prevăzute de art. 49 sau de cele autorizate de judecătorul-sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule, astfel că în mod întemeiat s-a admis acțiunea formulată de administratorul judiciar și s-a constatat *nulitatea absolută a actului adițional încheiat de administratorul statutar, în numele debitoarei.*

Cât privește incidența acestui articol, Curtea a reținut că încheierea actului adițional a cărui nulitate s-a constatat nu poate reprezenta o operațiune care să se încadreze în noțiunea de activități curente, actul nu a fost încheiat în perioada de reorganizare și nici sub supravegherea sau conducerea administratorului judiciar, astfel încât nu-i poate fi aplicabil recurenței.

[1] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 466 din 1 aprilie 2010, nepublicată.

De asemenea, nu se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activităților curente ceea ce excede caracterului repetitiv al circuitului activității curente continuate a debitorului (adică investiție – producție – profit – investiție), de exemplu, vânzarea unui imobil din averea debitorului, închiderea unui punct de lucru. Acțiunea în constatarea nulității absolute a contractului de vânzare-cumpărare de către debitoare, introdusă de către lichidator^[1], a fost admisă de instanță, deoarece încheierea contractului a avut loc după deschiderea procedurii falimentului și ridicarea dreptului debitoare de a-și mai conduce activitatea și de a dispune de bunurile sale. S-a reținut că, independent de momentul transmiterii dreptului de proprietate asupra vehiculului în litigiu, actele încheiate ulterior deschiderii procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2006 trebuiau efectuate cu respectarea prevederilor art. 46 alin. (1) sau, după caz, art. 49 alin. (1) din Legea nr. 85/2006.

Dacă acestea sunt acte care fac parte din obiectul de activitate al debitoare, nu se poate exclude, de principiu, executarea acestei operațiuni. Credem că, în fiecare caz în parte, trebuie făcută o apreciere particulară de către practicianul în insolvență pentru a stabili depășirea cadrului curent.

49. Principiul nulității absolute, susținut de teoria franceză^[2], nu este însă aplicabil pentru *actele de gestiune curentă*, care potrivit art. 622-3 și art. 631-14 din legea franceză din 2005, sunt considerate valabile în ceea ce privește terții de bună credință.

Actele de gestiune curentă sunt cele care privesc activitatea obișnuită a societății conform uzanțelor profesiunii^[3], iar terții sunt de bună-credință dacă nu cunosc că debitorul este în procedura reorganizării și lichidării judiciare și că exercitarea drepturilor și acțiunilor sale este limitată de atribuțiile exercitate de administrator.

În raport cu art. 87 alin. (3) din Codul insolvenței, în cadrul continuării activității curente în condiții diferite de cele obișnuite *pot fi înstrăinate chiar și bunuri gravate de garanții*, dar numai dacă creditorului garantat i se asigură o protecție corespunzătoare creanței sale garantate (prin acordarea unei protecții corespunzătoare a creanței sale sau prin dreptul de a beneficia de restituiri cu prioritate).

50. O problemă care s-ar putea pune în practică, deși legea nu face nicio referire la acest aspect, privește posibilitatea ca, odată instituită de către judecătorul-sindic măsura ridicării dreptului de administrare, în cadrul procedurii de reorganizare judiciară, acesta *să poată reveni* asupra măsurii dispuse împotriva debitorului și averii sale. Interesul promovării unei astfel de cereri ar aparține debitorului însuși. Considerăm că, pentru motive temeinice, *judecătorul-sindic ar putea reveni asupra măsurii*, prin încheiere, dispusă după citarea creditorilor și a administratorului judiciar și soluționarea eventualelor contestații ale acestora.

În fond, cel care a fost și rămâne proprietarul bunurilor supuse procedurii este debitorul, care pierde doar dreptul de a le administra și de a dispune de ele^[4].

[1] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 785R din 8 mai 2007, portal.just.ro.

[2] Cu toate acestea, o parte a jurisprudenței franceze a rămas favorabilă ideii de inopozabilitate față de procedură (Cass. com., dec. din 23 mai 1995, Dalloz, 1995, p. 413); în același sens s-au pronunțat și unii autori din doctrina franceză (în acest sens, Y. Guyon, op. cit., nr. 1214).

[3] Cass. com., dec. din 5 octombrie 1993, Dalloz, 1994, p. 81.

[4] N. Țândăreanu, op. cit., p. 118.

51. O amplă dezbatere a avut loc asupra valabilității plății efectuate, după pronunțarea sentinței de declanșare a procedurii, de către debitor creditorului care a deschis procedura pentru a stinge litigiul. Opiniile practicienilor au fost diferite^[1] și, ca urmare, nici practica judiciară nu a fost constantă, în acest sens^[2].

Din moment ce procedura insolvenței s-a deschis față de debitor, ea nu mai poate fi închisă, pentru plata creanței, decât în perioada de observație și numai dacă toți creditorii înscrși în tabelul definitiv al creanțelor primesc sumele ce li se datorează în perioada de observație sau renunță la judecată. Închiderea procedurii se va face, în acest caz, fără radierea debitorului din registrul în care este înregistrat.

Așadar, după deschiderea procedurii insolvenței, doar plata creanței creditorului care a deschis procedura, fără a fi plătite și celelalte creanțe, nu poate duce la închiderea procedurii insolvenței, mai ales că plata creanței creditorului respectiv este *lovită de nulitate*, în condițiile art. 84 alin. (1), ea neputând fi încadrată la activități curente.

§3. Sancțiunea încălcării limitelor legale

3.1. Nulitatea actelor și răspunderea administratorului special

52. Referitor la răspunderea de care pot fi ținuti conducătorii activității în această perioadă, Legea nr. 85/2006 nu preciza o altă modalitate decât aplicarea sancțiunii cuprinse în art. 84. Într-adevăr, faptele cuprinse în art. 138 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 169 din Codul insolvenței) sunt anterioare deschiderii procedurii. Ulterior acestui moment, debitorul are o scurtă perioadă de timp în care poate efectua anumite activități, supuse atenței supravegheri a practicianului în insolvență și a creditorilor. Orice abatere de la litera legii este sancționată prin anularea actului ce depășește cadrul curent al afacerii. Practicianul în insolvență este ținut de obligația de diligență, iar sancțiunile ce pot interveni sunt rar aplicate.

Tocmai de aceea, Codul insolvenței a introdus în plus față de sancțiunea nulității și pe aceea a răspunderii administratorului special pentru încălcarea limitelor actelor și operațiunilor care pot fi efectuate după deschiderea procedurii. Raportându-ne la modelul francez, *acțiunea în responsabilitate pentru insuficiență de activ* vizează doar gestiunea conducătorului societății anterioară sentinței de deschidere a procedurii insolvenței. Curtea de Casație din Franța consideră că „sunt excluse de la aplicarea articolului 180 din Legea din 25 ianuarie 1985 (devenit L.651-2 din Codul comercial) greșelile ulterioare sentinței de deschidere a procedurii”^[3].

^[1] Pentru dezvoltări, a se vedea F. Moțiu, C.B. Nász, Validitatea plăților efectuate de debitor după deschiderea procedurii insolvenței și efectele juridice ale acestor plăți, în P.R. nr. 4/2007, p. 220-229.

^[2] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 265 din 27 februarie 2007, nepublicată.

^[3] Cass. com., 8 ianuarie 2002, nr. 98-22.077. În același sens, Cass. com., 14 martie 2000, în special Dr. sociétés 2000, nr. 75, nota Y. Chaput; Bull. Joly 2000, p. 602, nota J.-J. Daigre; D. 2000, AJ p. 187, nota A. Lienhard; Rev. proc. coll. 2000, p. 135, nota A. Martin-Serf și JCP E 2000, p. 1527, nota D. Poracchia, care admite o acțiune întemeiată pe dispozițiile dreptului societăților și C.A. Paris, 7 iunie 2005, Juris-Data nr. 2005-280443, care admite o acțiune în temeiul art. 1382 C. civ. francez. Totuși, această soluție are o acțiune limitată dacă planul adoptat eșuează, ducând la deschiderea unei a doua proceduri. Conducătorul societății poate atunci să fie acționat în justiție în temeiul acțiunii în responsabilitate pentru insuficiență de activ pentru perioada anterioară acesteia din urmă.

Totuși, *creditorii pot acționa personal* împotriva conducătorilor societăților în cazul în care invocă un *prejudiciu diferit de neplata creanței lor*^[1]. Această ultimă soluție este justificată de natura prejudiciului în cauză. În timp ce acțiunea în responsabilitate pentru insuficiență de activ se referă la repararea unei daune care afectează toți creditorii, acțiunea considerată se referă la un prejudiciu diferit și personal al reclamantului. În schimb, în cazul în care creditorul invocă un prejudiciu care se confundă cu neplata creanței sale, trebuie aplicată regula de *non-cumul*. În consecință, datorită caracterului rezervat al acțiunii în responsabilitate pentru insuficiență de activ, acesta nu va putea acționa personal. Aplicația este o altă expresie a caracterului exclusiv al acestui regim legal, care se regăsește și în dreptul societăților.

53. Raportat la dispozițiile cuprinse în art. 84 din Codul insolvenței, în afară de cazurile prevăzute la art. 87 sau de cele autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt *nule*, iar debitorul și/sau, după caz, administratorul judiciar sunt obligați să întocmească și să păstreze o listă cuprinzând toate încasările, plățile și compensările efectuate după deschiderea procedurii, cu precizarea naturii și valorii acestora și a datelor de identificare ale cocontractanților.

Dispozițiile art. 84 prevăd unul dintre cele mai importante efecte ale deschiderii procedurii (după cel de la art. 85), care marchează intrarea debitorului sub imperiul cerințelor procedurii insolvenței. Efectul respectiv semnifică faptul că, după deschiderea procedurii, sub sancțiunea nulității, debitorul nu mai poate efectua decât actele menționate de procedură, în reglementarea existentă și astfel cum sunt prevăzute actele respective, iar aceasta chiar fără legătură cu ridicarea dreptului de administrare, care se referă la persoana care efectuează pentru debitor actele în procedură, iar nu la actele în sine.

Ceea ce este determinant pentru prevederea nulității, prin prisma situației noi rezultate în urma deschiderii procedurii și în sensul cerințelor legii speciale, este apariția, conform reglementării procedurii, a *masei active*, constituite din bunurile debitorului și a *masei credale*, pentru acoperirea căreia se valorifică bunurile debitorului (într-un înțeles extins valorificarea însemnând nu doar lichidarea, ci și utilizarea bunurilor pentru aplicarea unui plan, în vederea plății creanțelor), în condițiile în care acestea, în mod esențial, trebuie să fie delimitate în cazul oricărei proceduri deschise (cu excepția ipotezei la care se referă art. 177), indiferent dacă se ridică sau nu dreptul de administrare. Dispozițiile art. 84 au în primul rând scopul de a proteja averea debitorului, pentru că îndeosebi reprezentanții statutari ai debitorului, mai ales când nu s-a transferat dreptul de administrare, pot fi tentați să înstrăineze bunuri ale debitorului în folos propriu, să facă plăți direcționate etc., lezând astfel interesul creditorilor privind recuperarea creanțelor, astfel de intenții trebuind să fie împiedicate.

Unul dintre exemplele cele mai frecvente este acela al *plății de către debitor, după deschiderea procedurii, a creanței invocate în cererea introductivă a creditorului*. Plata este *nulă*, în raport cu dispozițiile art. 84 din Codul insolvenței, singura șansă pe care o are debitorul de a obține revenirea în apel asupra deschiderii procedurii nefiind o astfel de plată, ci aceea de a dovedi că în realitate dispunea, la momentul pronunțării hotărârii

^[1] Pentru un exemplu de prejudiciu corespunzător acestei definiții, a se vedea C.A. Paris, 13 ianuarie 1995, D. 1995, IR, p. 66. Acțiunea este întemeiată pe „o serie de operațiuni, de manevre și de disimulări eronate” care au privat creditorul de o anumită șansă de rambursare a unui împrumut neplătit.

recurate, de disponibilitățile bănești necesare pentru acoperirea întregului pasiv (invocat prin cererea introductivă)^[1].

În doctrină^[2] s-a arătat că, fie și în situația în care debitorul nu ar mai avea datorii față de alți creditori, recursul (în prezent apel – *n.n.*) său nu ar trebui admis (pentru motivul plății ulterioare a creanței pentru care s-a deschis procedura insolvenței – *n.n.*), întrucât la data pronunțării hotărârii recurate erau îndeplinite toate condițiile legale pentru declanșarea procedurii insolvenței.

Instanța de apel, atunci când analizează temeinicia și legalitatea sentinței atacate, trebuie să se raporteze la *momentul pronunțării hotărârii* de către prima instanță și să analizeze dacă la acea dată erau îndeplinite sau nu toate condițiile cerute de lege pentru deschiderea procedurii colective.

Trebuie accentuat că sancțiunea nulității este prevăzută pentru toate actele, operațiunile și plățile, altele decât cele exceptate expres, potrivit art. 87 sau autorizate de judecătorul-sindic sau avizate de către administratorul judiciar. Bineînțeles, însă, că nu intră în discuție sub acest aspect acelea efectuate în reorganizarea judiciară, potrivit planului sau în procedura falimentului, de către lichidator. Sancțiunea nulității poate să intervină și pentru acte care sunt doar *aparent* în favoarea menținerii averii debitorului. Alte acte doar aparent nu vizează menținerea averii debitorului, de exemplu actele de conservare, care susțin și interesul creditorilor și cum nulitatea prevăzută de art. 84 este, după cum se va preciza mai jos, una *relativă*, astfel de acte vor trebui să fie menținute de către practicianul în insolvență.

Dispozițiile art. 84 sunt de *aplicabilitate generală*, în raport cu deschiderea atât a procedurii generale, cât și a procedurii simplificate. Trimiterile făcute în textul de lege la cazurile prevăzute de art. 87 sau la administratorul judiciar nu sunt în măsură să restrângă aplicarea sancțiunii nulității doar în procedura generală, iar nu și în procedura simplificată, cu atât mai mult cu cât în cazul acestei din urmă proceduri pot exista elemente ale perioadei de observație, intervine dizolvarea debitorului etc.

După deschiderea procedurii nu toate actele debitorului „sunt supuse *autorizării judecătorului-sindic*”, astfel că nu întotdeauna lipsa acestei autorizări conduce la nulitate. Aceasta deoarece, în primul rând, în raport cu art. 45 alin. (1) și (2) din Codul insolvenței, judecătorului-sindic îi revin atribuții jurisdicționale și de control judecătoresc al activității administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, și nicidecum atribuții directe de autorizare a managementului economic. În plus, dispozițiile art. 84 alin. (1) se referă în mod expres și la dispozițiile art. 87 care, la alin. (2), au în vedere autorizarea unor „acte, operațiuni și plăți” de către *administratorul judiciar*, iar nu doar la „autorizarea” acestora, pe calea dispunerii printr-o hotărâre, de către judecătorul-sindic, în urma soluționării de către acesta a unei cereri în sensul respectiv^[3].

[1] Pentru dezvoltări, a se vedea și F. Moțiu, C.B. Nasz, art. cit., p. 220-229; P. Micu, Considerații asupra plății efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii insolvenței, în volumul Conferinței Internaționale a Doctoranzilor în Drept organizată de Facultatea de Drept și Științe Administrative din cadrul Universității de Vest din Timișoara și Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara, 16-18 iulie 2009, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 456 și urm.; C.A. Cluj, s. com. și cont. adm., dec. civ. nr. 388/1999, în Buletinul Jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 1999, Ed. Lumina Lex, București, 2000.

[2] C.B. Nasz, Deschiderea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 497.

[3] Fără a relua dezbaterile deja prezentate, reținem că s-a apreciat că dispozițiile art. 46 (în prezent art. 84 din Codul insolvenței) ar avea în vedere o *nulitate absolută*, deoarece este vorba despre o prevedere ce ține de esența procedurii, iar nulitatea trebuie constatată pentru a avea efect, ceea ce înseamnă că poate fi solicitată de orice persoană interesată, oricând și necondiționat de existența vreunei vătămări. Într-o altă opinie, care continuă doctrina mai veche, axată pe principiile falimentului și pe care o considerăm pragmatică prin formula-

Pentru a se putea lua cunoștință despre actele cărora le este aplicabilă sancțiunea nulității și a se proceda în consecință, debitorul sau, dacă s-a transferat dreptul de administrare, administratorul judiciar au obligația de a ține o listă privind orice încasări, plăți, compensări, valoarea lor și datele de identificare ale cocontractantului^[1].

54. În raport cu dispozițiile art. 84, *nulitatea intervine de drept* pentru că actele la care se referă această sancțiune au fost încheiate de debitor după deschiderea procedurii, când acesta nu mai poate face niciun act asupra bunurilor lui fără respectarea cerințelor procedurii. Actele sunt nule încă de la încheierea lor, în mod intrinsec și necesar, pentru că sunt făcute de o persoană, debitorul, care nu mai poate dispune valabil de bunurile sale, cel puțin nu și față de masa credală.

Practica a reținut că sancțiunea instituită prin art. 46 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 (în prezent art. 84 din Codul insolvenței) are caracter absolut și, prin urmare, nu poate fi înlăturată sau acoperită în niciun mod^[2].

În ceea ce privește constatarea nulității, după cum s-a arătat, din moment ce aceasta intervine de drept, înseamnă că nu este nevoie, obligatoriu, în orice ipoteză, de o hotărâre judecătorească prin care să se pronunțe anularea. În general, dacă debitorul înstrăinează un bun după deschiderea procedurii, fără să îl și transmită efectiv, un astfel de act nu se poate opune masei creditorilor, se va socoti că nu există și se va dispune, în cadrul procedurii, de acel bun ca și cum nu ar fi ieșit din patrimoniul debitorului.

În concret, nulitatea poate fi reținută *pe cale de acțiune sau de excepție*. Practic, în baza art. 84, sesizarea privind un act încheiat de debitor după deschiderea procedurii trebuie admisă, cu consecința reținerii nulității actului. Dispozițiile legii [inclusiv art. 45 alin. (1)] nu aduc vreo precizare sub acest aspect. Teoretic, analiza poate avea în vedere posibilitatea formulării acțiunii în nulitate în cadrul procedurii sau în afara ei, la instanțele de drept comun, după competența atrasă în concret de o acțiune sau alta. Dar, o acțiune la instanța de drept comun ar împieta cu siguranță celeritatea procedurii (datorită for-

rea „sunt nule” din textul de lege, s-a urmărit în concret să se sublinieze prevederea unei nulități care intervine de drept, în mod automat, în raport cu caracterul special al procedurii insolvenței, dar care, pe de altă parte, este o *nulitate relativă*, pentru mai multe motive: 1) debitorul nu este și nu devine un incapabil, el putându-se obliga în continuare și după deschiderea procedurii, numai că actele pe care le mai încheie și care ar avea o influență asupra bunurilor sale sunt nule doar în raport cu colectivitatea creditorilor care se supun verificării creanței declarate, prin prisma interesului acestora; 2) nulitatea ține de esența procedurii, indiferent că este absolută sau relativă; 3) pentru ca nulitatea să aibă efect, în condițiile în care intervine de drept, nu trebuie, obligatoriu, ca în toate cazurile să fie pronunțată anularea actului prin hotărârea judecătorească (urmăre doar a unei acțiuni în acest sens), legiuitorul nefăcând vreo distincție sub acest aspect, iar deschiderea procedurii creează o situație specială în care viziunea din dreptul comun nu este compatibilă întru totul.

Considerând nulitatea ca fiind relativă, rezultă că: 1) este posibil ca practicianul în insolvență să mențină un act încheiat de debitor după deschiderea procedurii, dacă îl socotește favorabil masei creditorilor, conservării sau maximizării averii debitorului; 2) dacă o terță persoană a garantat o obligație sau un act făcut de o altă persoană, în cazul în care față de aceasta din urmă se deschide procedura, garanția dată de terță persoană rămâne valabilă, pentru că este vorba de o nulitate doar în interesul creditorilor, astfel că de aceasta nu se poate prevala și terță persoană; 3) de nulitatea în discuție nu se poate prevala decât masa creditorilor prin practicianul în insolvență, creditorii individuali neputând să exercite în interes individual drepturile ce ar decurge din nulitatea actelor încheiate de debitor după deschidere, aceasta pentru că nulitatea este prevăzută în interes colectiv; dacă totuși cineva își declară în procedură o creanță în baza unui act nul, încheiat după deschiderea procedurii, oricare alt creditor se poate opune invocând nulitatea (dreptul lui derivând din acela de a contesta creanțele înscrise în tabelul de creanțe).

^[1] I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 391.

^[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 47/R/COM din 24 ianuarie 2008, în *Curtea de Apel Timișoara, Buletinul Jurisprudenței 2008*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 243.

melor care ar trebui realizate sau a căilor de atac). Mai mult, este vorba de acte, operațiuni și plăți efectuate de un debitor față de care s-a deschis procedura, efectuate în cadrul acesteia (dar într-un mod nelegal, deoarece nu sunt conforme cerințelor legale impuse de procedură); însăși intervenirea de drept a nulității, în raport cu deschiderea procedurii, este specifică procedurii insolvenței în sine, ceea ce justifică pe deplin aprecierea că, din moment ce aceste acte, operațiuni sau plăți sunt intrinseci procedurii, atunci și acțiunea în constatarea nulității lor sau invocarea acesteia pe cale de excepție trebuie să intervină, în mod firesc, tot în cadrul procedurii, iar soluționarea acesteia să fie de competența judecătorului-sindic. De exemplu, dacă după deschiderea procedurii s-a încheiat un act de vânzare-cumpărare privind un bun al debitorului vânzător, iar bunul este încă la debitor, terțul cumpărător va trebui să formuleze cerere de predare a bunului, însă debitorul, prin administratorul judiciar, va putea invoca pe cale de excepție nulitatea actului, față de care cererea va trebui să fie respinsă. Dacă bunul a ajuns la terțul cumpărător, trebuie ca practicianul în insolvență, pentru debitor, să formuleze acțiune în constatarea nulității actului invocat de terț (nulitate care a intervenit de drept) pentru a obține și titlul necesar revenirii, pe calea executării silite, la situația anterioară^[1].

55. În practică^[2], au existat soluții prin care s-a stabilit că judecătorul-sindic nu este competent din punct de vedere material să soluționeze acțiunea în constatarea nulității absolute a actelor efectuate de debitor după deschiderea procedurii, în condiții pretins nelegale.

S-a motivat că, în privința acțiunii în anulare a actelor efectuate de debitor, după deschiderea procedurii, în condiții pretins nelegale, art. 46 (în prezent art. 84 din Codul insolvenței) stabilește că, în afară de cazurile prevăzute la art. 49 (în prezent art. 87 din Codul insolvenței) sau de cele autorizate de judecătorul-sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule.

Totodată, art. 48 (în prezent art. 86 din Codul insolvenței) impune ca prin sentința sau, după caz, încheierea având drept efect ridicarea dreptului de administrare, judecătorul-sindic să dea dispoziții tuturor băncilor la care debitorul are disponibil în conturi să nu dispună de acestea fără un ordin al administratorului judiciar/lichidatorului.

În speță, această dispoziție s-a realizat numai ulterior plății.

Pe de altă parte, terțele persoane prejudiciate ca urmare a neefectuării mențiunii în condițiile art. 45 din Legea nr. 85/2006 (în prezent art. 83 din Codul insolvenței) au dreptul la reparații exclusiv din partea persoanelor cărora le revenea legal obligația de efectuare a mențiunii, din averea acestora, iar nu a debitorului. Față de precizările jurisprudenței, legiuitorul a precizat faptul că prejudiciile suferite de terții de bună-credință, ca urmare a nerespectării obligațiilor debitorului prevăzute la alin. (1)-(2) din art. 45, vor fi reparate în mod exclusiv de către persoanele care au încheiat actele ca reprezentanți legali ai debitorului, fără a fi atinsă averea debitorului.

În ceea ce privește vinovăția persoanei care a omis efectuarea mențiunii, poate fi vorba atât de intenție, cât și de culpă. Referitor la prejudiciu, trebuie să se distingă cu atenție; de exemplu, dacă actul încheiat este unul de împrumut de la un terț, în numele și în beneficiul debitorului, pentru creanța reprezentând împrumutul terțul creditor va

^[1] Pentru analiza practicii în acest domeniu, a se vedea și U.N.P.I.R., coord. A. Stănescu, *Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009*, vol. II, Administrarea procedurii insolvenței, reorganizarea și falimentul, Ed. C.H. Beck, București, 2011.

^[2] C.A. Timișoara, s. a II-a civ., dec. nr. 1955 din 7 noiembrie 2011, nepublicată.

trebui să se îndrepte împotriva acestuia din urmă, în cadrul procedurii, prin declarație de creanță, prejudiciul invocat prin acțiunea în despăgubire fiind necesar să aibă o altă justificare.

Sintetizând, pentru recuperarea sumelor achitate pretins nejustificat, acțiunea trebuia să se îndrepte și împotriva persoanei căreia i s-a făcut plata, pentru a se recupera suma, dacă se constata că operațiunea s-a făcut în mod nevalabil. În speță, însă, nu s-a procedat astfel. Pe de altă parte, nici nu se susține în acțiune că fostul administrator al debitoarei ar fi beneficiat de suma de bani, ca urmare nu se justifică obligarea acestuia la plată.

Chiar dacă se solicită numai anularea operațiunii, așa cum s-a arătat mai sus, temerile legale invocate, art. 49 cu raportare la celelalte texte redată *supra*, trebuie aplicate speței, și dovedită depășirea cadrului legal, raportat la stadiul procedurii și la derularea acesteia.

Astfel cum am menționat mai sus, Codul insolvenței conține prevederi noi, de natură să reglementeze această situație și să o clarifice. Astfel, potrivit art. 84 alin. (2) din Codul insolvenței, „administratorul special desemnat într-o procedură de insolvență răspunde pentru încălcarea dispozițiilor art. 87, judecătorul-sindic, la cererea administratorului judiciar, a adunării creditorilor, formulată de președintele comitetului creditorilor sau de un alt creditor desemnat de aceasta, sau la cererea creditorului ce deține 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, putând dispune ca o parte din pasivul astfel produs să fie suportat de către administratorul special, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate”.

Așadar, trebuie acceptată soluția în sensul că *soluționarea cererilor* legate de problematica depășirii limitelor unei activități curente ale debitorului revine *judecătorului-sindic*, atât sub aspectul *constatării nulității* a operațiunilor făcute cu depășirea respectivei limite, cât și sub aspectul *reparării prejudiciului* astfel cauzat.

Considerăm că această acțiune care aparține debitorului și care este formulată prin intermediul persoanelor mai sus-enumerate este o acțiune distinctă de cea instituită de art. 83 alin. (4) din Codul insolvenței, pentru neaplicarea însemnelor insolvenței, chiar dacă ambele acțiuni au ca fundament răspunderea civilă delictuală.

3.2. Diferența față de nulitatea actelor încheiate în perioada suspectă

56. Sancțiunea nulității prevăzută de art. 84 privește îndeosebi actele, operațiunile și plățile efectuate *după* deschiderea procedurii de către debitor prin administratorul statutar sau administratorul special.

Spre deosebire de acțiunile în anulare prevăzute de art. 117, în ipoteza art. 84, Codul insolvenței nu a prevăzut expres calitatea procesuală activă a practicianului în insolvență. Referitor la acest aspect, având în vedere regulile reprezentării debitorului în contextul procedurii insolvenței (indiferent dacă s-a ridicat sau nu dreptul de administrare și dincolo de atribuțiile limitate ale administratorului special), caracterul bilateral al actului sau faptul că nulitatea relativă nu poate fi invocată de terțe persoane, s-ar putea aprecia că acțiunea în nulitatea actului, care este *scutită de la plata taxei judiciare de timbru*, ar trebui să fie formulată de către debitor, prin practicianul în insolvență, împotriva cocontractantului, cu citarea acestuia, pentru opozabilitatea hotărârii ce se va pronunța.

În acest context ar fi de reținut, totodată, că sancțiunea nulității prevăzute de art. 84 poate privi și actele, operațiunile sau plățile încheiate cu încălcarea cerințelor legale

după deschiderea procedurii de către debitor prin practicianul în insolvență, în condițiile în care activitatea acestuia nu exclude, în principiu, greșelile. În acest caz, ar deveni necesară sesizarea judecătorului-sindic de către cocontractant, fără a fi exclusă în mod aprioric nici sesizarea din partea debitorului prin chiar practicianul în insolvență, pentru că acesta din urmă nu justifică un interes propriu în raport cu scopul procedurii, deci ar putea invoca o culpă proprie, dacă aceasta nu se extinde și asupra debitorului în sine. În orice caz, sub acest din urmă aspect, doar dispozițiile art. 59, art. 58 alin. (1) lit. n) sau art. 64 lit. k) din Codul insolvenței nu sunt, de regulă, suficiente și/sau adecvate, în ceea ce privește cerințele sesizării.

Tocmai de aceea, dispozițiile art. 122 alin. (6) din Codul insolvenței, în sensul că pentru soluționarea acțiunilor prevăzute la art. 117, debitorul va fi reprezentat de un *curator special* desemnat în cazul în care nu a fost desemnat un administrator special, sunt de natură să lămurească intenția legiuitorului în ceea ce privește cadrul procesual referitor la părțile în acțiunile în anulare întemeiate pe dispozițiile art. 84.

Având în vedere similitudinea expresă stabilită de către legiuitor între cele două categorii de acțiuni în anulare, faptul că dispozițiile Codului insolvenței nu prevăd posibilitatea formulării unor acțiuni în anulare de către debitor prin administratorul special, iar nulitatea prevăzută de art. 84 ține în mod specific, ca și nulitatea prevăzută de art. 117, de esența procedurii insolvenței, ceea ce atrage și competența de pronunțare a judecătorului-sindic, trebuie să se rețină că, la fel ca în cazul acțiunilor întemeiate pe art. 117, în cazul acțiunilor în anulare întemeiate pe art. 84 *calitatea de pârâți* revine părților din actul atacat, respectiv *debitorul prin administratorul special* sau, în cazul nedesemnării acestuia, printr-un *curator special* desemnat, precum și *cocontractantului*, iar pe de altă parte, *legitimitatea procesuală activă* revine *practicianului în insolvență*.

În acest sens, trebuie avut în vedere că, în ansamblul procedurii, practicianului îi revine responsabilitatea aplicării principiului maximizării averii debitorului, context în care, în mod specific procedurii, îi este conferită legitimitatea procesuală activă nu numai pentru menținerea sau denunțarea contractelor debitorului în curs de executare, dar și pentru acțiunile în anularea unor acte încheiate de debitor anterior deschiderii procedurii (art. 117), respectiv pentru acțiunile în anularea unor acte încheiate de debitor după deschiderea procedurii (art. 84).

Desemnarea curatorului special, dintre organele de conducere statutare aflate în exercițiul funcțiunii la data deschiderii procedurii, se va face de către judecătorul-sindic în camera de consiliu, fără citarea părților [art. 53 alin. (3) din Codul insolvenței].

Hotărârea judecătorului-sindic trebuie să cuprindă, ca urmare a unei cereri corespunzătoare, și dispoziția de *repunere în situația anterioară*, ca efect al nulității actului, dobânditorul având obligația de restituire a ceea ce a primit în baza unui act nul, eventualul lui drept născut pe cale de consecință subordonându-se în primul rând regulilor procedurii.

§4. Depunerea informațiilor prevăzute de art. 67 alin. (1) din Codul insolvenței

57. Potrivit art. 74 din Codul insolvenței, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei și *informațiile* prevăzute la art. 67 alin. (1). Astfel, în urma deschiderii procedurii la cererea creditorului, debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1)

ca și în cazul în care s-ar fi deschis procedura la cererea sa. La aceste acte se mai adaugă toate informațiile și documentele apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, conform art. 82 alin. (1).

Termenul de depunere de 10 zile se calculează de la data deschiderii procedurii. Între actele și informațiile cuprinse în dispozițiile art. 67 alin. (1) și considerate esențiale pentru practicianul în insolvență, cel mai important și mai frecvent cerut este lista cu băncile unde sunt deschise conturi pe numele debitorului.

Pe această cale, debitorul are obligația legală de a contribui la stabilirea masei credite^[1].

În literatură, s-a arătat că *termenul de depunere de 10 zile* se calculează de la data deschiderii procedurii, chiar dacă este vorba de dispunerea acesteia în contextul soluționării recursului (în prezent apel – *n.n.*) formulat împotriva hotărârii prin care judecătorul-sindic a respins, inițial, cererea introductivă^[2].

În prezent însă, nu mai este posibilă deschiderea procedurii insolvenței de către instanța de control judiciar, întrucât art. 43 alin. (7) prevede: „Curtea de apel investită cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând apelul, va anula hotărârea și va trimite cauza judecătorului-sindic, pentru deschiderea procedurii insolvenței”.

Astfel, atunci când, în primă instanță, judecătorul-sindic respinge cererea de deschidere a procedurii insolvenței, însă instanța de apel consideră că respectiva cerere introductivă trebuie admisă, această din urmă instanță, admitând apelul, va anula sentința atacată și va trimite cauza judecătorului-sindic pentru deschiderea procedurii insolvenței. Deschizându-se procedura insolvenței de către judecătorul-sindic, de la acest moment va începe să curgă și termenul de 10 zile pentru depunerea informațiilor prevăzute la art. 67 alin. (1).

Deși, în practică, depunerea actelor și informațiilor prevăzute de art. 67 alin. (1) se face la cererea practicianului în insolvență, care îl notifică pe debitor în acest sens, considerăm că obligația îi revine debitorului *ope legis*, indiferent de realizarea obligației administratorului judiciar/lichidatorului judiciar.

În ipoteza formulării cererii de deschidere a procedurii insolvenței de către debitor, acesta este obligat să depună actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1), anterior deschiderii procedurii, odată cu înregistrarea cererii sau la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic în acest sens.

În lipsa actelor (informațiilor) care trebuie depuse de către debitor ca urmare a deschiderii procedurii la cererea creditorilor, se deschide procedura generală.

Totuși, dacă, în acest caz, debitorul nu depune declarația prin care solicită să fie supus reorganizării, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, i se va ridica dreptul de administrare.

În cazul în care debitorul este cel care solicită deschiderea procedurii insolvenței, nedepunerea documentelor prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k), l), m) atrage respingerea cererii sale, cu excepția cazului în care se află într-unul dintre cazurile care reclamă deschiderea procedurii simplificate, deci nu se mai pune problema obligativității

^[1] D.D. Moțiu, *Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 324.

^[2] *Idem*, p. 7.

depunerii lor ulterior deschiderii procedurii. Despre nedepunerea documentelor prevăzute la lit. h), i) și j) după deschiderea procedurii nici nu poate fi vorba, întrucât și acestea trebuie depuse de către debitor *anterior* deschiderii procedurii.

Dacă deschiderea intervine la cererea creditorului, până la deschiderea procedurii debitorul nu are obligația de a depune actele prevăzute de art. 67 alin. (1), obligație care intervine doar conform art. 74, indiferent că s-a deschis procedura generală sau simplificată, în raport cu care debitorul poate depune toate actele, parțial sau deloc. Dar primul raport al practicianului este cel de 20 de zile și dacă nu au fost depuse actele și a fost deschisă procedura generală, se va propune și se va trece la procedura simplificată, conform art. 92 (dacă nu cumva lipsa actelor nu a determinat deschiderea procedurii simplificate chiar în contextul cererii introductive a creditorului și al hotărârii de deschidere în baza acesteia).

În plus, o altă ipoteză este aceea a deschiderii la cererea debitorului, când se depun actele, fie integral, fie parțial, fie nu se depun deloc, iar în ultimele situații se deschide procedura simplificată (atunci când sancțiunea nu este chiar *respingerea* cererii debitorului). Reunind cele două ipoteze de deschidere a procedurii, la cererea debitorului și la cererea creditorului, rezultă că, în urma deschiderii procedurii, inclusiv a aplicării art. 92, vor fi ca ipoteze posibile situațiile în care este deschisă procedura generală, cu toate actele depuse și, pe de altă parte, procedura simplificată, cu acte depuse deloc sau parțial.

În primul caz, când sunt toate actele depuse, nu sunt implicate alte discuții, decât în sensul că potrivit art. 58 alin. (1) lit. c), practicianul le va verifica, le va corecta și completa.

Pentru cel de-al doilea caz, potrivit art. 58 alin. (1) lit. c) se prevede că, dacă nu au fost depuse, practicianul le va întocmi el însuși; prevederea în același sens este reluată și la art. 93, în sensul reconstituirii actelor, cu precizarea „în măsura posibilului”. Deci *întocmirea/reconstituirea actelor* respective ar trebui să intervină, practic, dacă se aplică legea în mod corespunzător – art. 67 alin. (2), art. 92, art. 97 – doar în procedura simplificată.

Totuși, art. 93 se referă expres la reconstituirea de către lichidator în procedura simplificată, în timp ce art. 58 alin. (1) lit. c) se referă expres la *întocmirea, verificarea, corectarea, completarea* actelor de către administratorul judiciar, care însă este practicianul aferent perioadei de observație din procedura generală.

Obligația legală de depunere a actelor incumbă administratorului statutar în funcție la data deschiderii procedurii, a împlinirii termenului legal sau ulterior, iar nu unui administrator anterior.

De asemenea, conform art. 169 alin. (1) lit. d) teza a II-a din Codul insolvenței, în cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă în mod relativ.

În același context mai poate fi precizat că depunerea informațiilor la care se referă art. 74 poate fi apreciată și drept o *măsură procedurală sau o obligație a debitorului*, iar nu doar ca un efect al deschiderii procedurii.

58. Prin aceste noi prevederi introduse în materie, s-a tranșat lunga controversă doctrinară cu privire la semnificația juridică a *nepredării actelor contabile*. În doctrină, sub imperiul Legii nr. 85/2006, care nu prevedea o asemenea prezumție, erau păreri conform cărora nepredarea documentelor și informațiilor constituie, de cele mai multe

ori, o *prezumție* a faptului că debitorul sau conducătorii acestuia au ceva de ascuns, motiv pentru care, de regulă, practicianul în insolvență propunea angajarea răspunderii în baza art. 138 din Legea nr. 85/2006^[1].

Nici practica judiciară nu a fost unanimă cu privire la aceste aspecte. Astfel, unele instanțe au apreciat că nu se poate dispune atragerea răspunderii fostelor organe de conducere pentru simplul fapt al nepredării actelor contabile ale societății debitoare.

Prezumțiile trebuie să aibă greutate, să aibă puterea de a naște certitudinea, dincolo de orice dubiu rezonabil^[2].

Într-o altă decizie^[3], s-a reținut că „nedepunerea actelor și documentelor contabile ca faptă omisivă, nu este suficientă pentru lămurirea legăturii de cauzalitate cu starea de insolvență a societății (...)”.

Este necesar ca persoana care promovează cererea în atragerea răspunderii să dovedească, în concret, că debitoarea nu a ținut contabilitatea în conformitate cu legea și că acest fapt a contribuit la intrarea debitoarei în insolvență^[4].

S-a susținut că nedepunerea documentelor și informațiilor la care legea face referire nu poate fi considerată o *prezumție* care ar putea sta la baza unei eventuale cereri de angajare a răspunderii, ci, cel mult, un indiciu pentru cel care ar dori să promoveze o asemenea cerere^[5].

§5. Obligația depunerii de date și informații

59. Deși, la o primă analiză, s-ar părea că textul art. 82 alin. (1) din Codul insolvenței instituie o obligație similară celei tratate mai sus, totuși, la o analiză aprofundată, rezultă că textul cuprinde *aspecte diferite*. Debitorul are obligația de a pune la dispoziția administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a creditorului deținând cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe *toate informațiile și documentele* apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și *lista cuprinzând plățile* efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, sub sancțiunea ridicării dreptului de administrare.

Potrivit art. 67 alin. (2), în cazul cererii introductive a debitorului și, respectiv, potrivit art. 74, în cazul cererii introductive a creditorului, există obligația depunerii de către debitor a actelor prevăzute de art. 67 alin. (1), care prezintă relevanță în legătură cu analizarea îndeplinirii sau nu a condițiilor de deschidere a procedurii sau sub aspectul efectuării unor acte de procedură după deschiderea acesteia (notificarea creditorilor, propunerea unui plan etc.).

Însă, în cadrul derulării procedurii trebuie efectuate mult mai multe acte decât acelea având legătură cu documentele prevăzute de art. 67 alin. (1), a căror îndeplinire

[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 567.

[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 954/2010, dec. nr. 1203/2010, dec. nr. 767/2010, nepublicate.

[3] C.A. Constanța, s. com., marit. și fluv., cont. adm. și fisc., dec. nr. 1318/2007, în M.M. Pivniceru, C.A. Susanu, M. Susanu, op. cit., p. 357-358.

[4] C.A. București, s. a V-a com., dec. 787/2007, în M.M. Pivniceru, C.A. Susanu, M. Susanu, op. cit., p. 361-362.

[5] A se vedea, pe larg, un examen al jurisprudenței la nivel național în această materie în: D.C. Muntean, Jurisprudență comercială comentată, în R.D.C. nr. 2/2011, p. 63-68 și în D.A. Florescu, G. Negură, D. Zamfirache, Societățile comerciale aflate în insolvență. Practică judiciară privind răspunderea personalului, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 255-341.

revine în principal în sarcina practicianului în insolvență. Astfel, practicianul va trebui să întocmească raportul prevăzut de art. 92, pentru direcționarea procedurii spre plan sau spre faliment, sau cel prevăzut de art. 97, pentru promovarea acțiunii prevăzute de art. 169, să mențină sau să denunțe contractele neexecutate încheiate de debitor, să formuleze eventuale acțiuni în anularea actelor frauduloase etc. Pentru toate aceste sarcini sunt necesare o serie de date și informații, depunerea acestora la dosarul cauzei fiind reglementată prin art. 82 alin. (1), în discuție, care trebuie analizat în mod distinct de art. 67 alin. (2), respectiv, art. 74 din Codul insolvenței.

Obligația vizează nu numai orice informații pe care le cere practicianul, dar și toate *informațiile apreciate ca necesare* – chiar dacă nu au fost cerute de practician, ambele categorii de informații limitându-se la activitatea și averea debitorului^[1]. De asemenea, debitorul are obligația să pună la dispoziția practicianului, indiferent dacă acesta o cere sau nu, *lista plăților efectuate* în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurilor patrimoniale pe care le-a efectuat în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, în contextul în care pentru acțiunile în anulare la care se referă art. 117, specifice insolvenței și mult mai ușor de probat, „perioada suspectă” este stabilită de legiuitor în limita a 2 ani anteriori deschiderii procedurii.

Informațiile la care se referă textul de lege pot sau nu să se concretizeze sub forma unor documente sau a altor suporturi de informație.

Neîndeplinirea de bună-voie a obligației atrage față de debitor atât *sanctiunea ridicării dreptului de administrare*, dacă nu a fost dispus, cât și *sanctiunea amenzii*, potrivit art. 60 alin. (2). În vederea aplicării sancțiunii, judecătorul-sindic trebuie să fie sesizat de către practicianul în insolvență, în raport cu prevederile art. 58 alin. (1) lit. n) din Codul insolvenței.

Credem că interesul formulării unei sesizări a judecătorului-sindic în privința aplicării sancțiunii pentru nedepunerea actelor aparține în egală măsură și *creditorilor*. Cum scopul acestui demers este acela de a se putea întocmi tabelul de creanțe și, dacă este cazul, readucerea unor bunuri în patrimoniul debitorului sau analiza unor contracte încheiate anterior deschiderii procedurii, apreciem că trebuie să li se recunoască și creditorilor *calitatea procesuală activă* în formularea cererii adresate judecătorului-sindic.

Considerăm că măsura amendării debitorului poate avea eficiență numai în măsura în care ea se aplică efectiv persoanelor fizice care au constituit organele de conducere ale acestuia.

De asemenea, neîndeplinirea obligației poate influența practicianul în sensul formulării acțiunii în atragerea răspunderii în baza art. 169 sau poate constitui, în mod indirect, un indiciu în sensul eventualității săvârșirii unor infracțiuni^[2].

§6. Obligatorietatea efectuării notificărilor privind intrarea în insolvență

60. Pentru a începe, de fapt, procedura, oricare dintre persoanele care pot justifica un interes în derularea acesteia trebuie să poată lua cunoștință despre deschiderea ei, în mod definitiv, și despre stadiul procedurii. În realizarea acestui scop, hotărârea de deschidere trebuie să fie adusă la cunoștința tuturor partenerilor de afaceri ai debitorului,

^[1] A. Avram, op. cit., p. 81.

^[2] A se vedea, pe larg, V. Pașca, Falimentul fraudulos, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 189-190.

pentru a se realiza protecția acestora de eventuala intenție neonestă a conducătorilor debitorului, dar, în același timp, pentru a se putea reclama, în timp util, orice creanță^[1].

Prin *notificare*, și *creditorii* sunt încunoștințați asupra deschiderii procedurii împotriva debitorului, a faptului că pot face opoziție la hotărârea de deschidere a procedurii într-un anumit termen, precizat în notificare, și a termenului de soluționare a opozițiilor, precum și asupra posibilității de a depune declarație de creanță și condițiile de depunere a acesteia, inclusiv despre locul, data și ora primei ședințe a adunării generale a creditorilor.

Aceste dispoziții legale se raportează la creditorii cunoscuți sau făcuți cunoscuți, în modalitățile legii, după momentul deschiderii procedurii^[2].

Deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului schimbă regimul aplicabil acestuia în cazul derulării activității normale, cu acela din cadrul procedurii insolvenței, în care raporturile sale cu creditorii și cu terțele persoane sunt diferite de cele anterioare, situație în care schimbarea respectivă trebuie făcută cunoscută celor implicați sau interesați. Creditorii debitorului sunt primii care au legătură directă cu procedura, față de scopul și caracterul colectiv al acesteia, astfel că trebuie să fie notificați individual referitor la deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului lor. Pentru *terțele persoane*, care pot avea un interes legal, deschiderea procedurii se face cunoscută prin efectuarea, în urma notificării, a *mențiunii deschiderii procedurii în registrul* în care este înregistrat debitorul persoană juridică^[3].

De asemenea, despre deschiderea procedurii se trimite o *copie a hotărârii de deschidere a procedurii* insolvenței și în jurisdicția unde debitorul are bunuri supuse transcripției, inscripției sau înregistrării în registrele de publicitate.

Codul instituie un sistem de *publicitate generală*, pentru ca hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței să ajungă la cunoștința celor interesați, cât și o *publicitate specială*, în scopul înștiințării fiecărui creditor, de către practicianul în insolvență, în ceea ce privește termenele de depunere a creanțelor, de efectuare a verificării acestora, de definitivare a tabelului de creanțe, astfel cum au fost stabilite acestea prin hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței^[4].

6.1. Persoanele vizate de textul legal

61. Potrivit art. 99 alin. (1) din Codul insolvenței, în urma deschiderii procedurii, administratorul judiciar va trimite o *notificare* tuturor creditorilor cunoscuți, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii.

Potrivit art. 99 alin. (3) din Codul insolvenței, notificarea se realizează conform prevederilor Codului de procedură civilă și se publică, pe cheltuiala averii debitorului, și într-un ziar de largă circulație și în BPI.

Cele trei cerințe ale efectuării notificării sunt *cumulative*, iar neîndeplinirea sau îndeplinirea defectuoasă (spre exemplu, publicarea într-un ziar local) atrage sancțiunea nulității, care poate fi invocată de orice persoană interesată. Ca efect al nulității, admi-

[1] A. Buta, Formalitățile de opozabilitate a deschiderii procedurii, în Phoenix nr. 33/2010, p. 20.

[2] R.I. Motica, C. Roșu, Drept comercial român și internațional, Ed. Alma Mater, Timișoara, 1999, p. 135.

[3] A. Avram, op. cit., p. 183.

[4] Idem, p. 184.

nistratorul judiciar va trebui să repete notificarea în concordanță cu prevederile normei legale^[1].

Creditorii cu sediul sau domiciliul în străinătate vor fiificați prin reprezentanții lor în țară.

În literatura de specialitate^[2] s-a pus problema notificării creditorilor care nu pot fi identificați.

Conform art. 67 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței, debitorul este obligat să anexeze la cererea prin care solicită declanșarea propriei insolvențe o *listă a numelor și a adreselor creditorilor*. În cazul în care procedura insolvenței a fost deschisă la cererea unuia sau mai multor creditori, prevederile art. 74 din Codul insolvenței impun debitorului să depună la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1), inclusiv lista creditorilor.

Există însă posibilitatea ca practicianul în insolvență să nu intre în posesia listei creditorilor sau aceasta să fie incompletă.

Conform art. 42 alin. (3) teza a II-a din Codul insolvenței, *creditorii care nu au fostificați* potrivit prevederilor art. 99 alin. (3) sunt considerați *de drept* în termenul de depunere a cererilor de admitere a creanțelor, prin depunerea unei cereri de admitere la masa credală și vor prelua procedura în stadiul în care se afla în momentul înscrierii lor la masa credală.

Această prevedere nou-introdusă de Codul insolvenței este de natură să înlăture tratamentul inechitabil la care erau supuși creditorii care nu erau cunoscuți și care nu puteau fiificați de către practicianul în insolvență, în privința lor vechea reglementare a Legii nr. 85/2006 arătând că procedura notificării era socotită a fi îndeplinită dacă a fost efectuată prin BPI.

Față de această reglementare, s-a arătat în literatura de specialitate că, în ceea ce îi privește pe creditorii neidentificați, nu își găseau aplicare dispozițiile art. 95 CPC 1865 relative la citarea prin publicitate^[3] și că notificarea creditorilor necunoscuți este valabilă dacă s-a îndeplinit prin publicarea în BPI^[4].

În prezent, Codul insolvenței a înlăturat acest neajuns, arătând că, în cazul creditorilor care nu au fostificați, dar totuși depun o declarație de creanță, aceștia vor lua procedura din stadiul în care se află.

6.2. Aspecte obligatorii ale notificării

62. Potrivit art. 100 alin. (1) din Codul insolvenței, notificarea va cuprinde:

- termenul-limită de depunere, de către creditori, a opozițiilor la sentința de deschidere a procedurii, pronunțată ca urmare a cererii formulate de debitor, în condițiile art. 71 alin. (1), precum și termenul de soluționare a opozițiilor, care nu va depăși 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora;
- termenul-limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, care va fi de maximum 45 de zile de la deschiderea procedurii, precum și cerințele pentru ca o creanță înregistrată să fie considerată valabilă;

^[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 237.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 418.

^[3] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M. A. Hotca, op. cit., p. 238.

^[4] A. Avram, op. cit., p. 186.

– termenul de verificare a creanțelor, de întocmire și publicare în BPI a tabelului preliminar de creanțe, care nu va depăși 20 de zile pentru procedura generală sau, respectiv, 10 zile, în cazul procedurii simplificate, de la expirarea termenului prevăzut la lit. b);

– termenul de definitivare a tabelului creanțelor, care nu va depăși 25 de zile în cazul procedurii generale și al celei simplificate, de la expirarea termenului corespunzător fiecărei proceduri, prevăzut la lit. c) de la alin. (1) al art. 100;

– locul, data și ora primei ședințe a adunării creditorilor, care va avea loc în maximum 5 zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. c).

Astfel, Codul insolvenței stabilește cu claritate *calendarul general* al desfășurării unei proceduri de insolvență, creându-se premisele desfășurării cu mai mare celeritate a procedurii, dar și ale scăderii presiunilor la care sunt supuși participanții la procedură datorate, în special, rigidității termenelor din reglementarea anterioară a legii.

În conformitate cu spiritul actualei reglementări, apreciem că prin hotărârea de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic va trebui să *stabilească aceste termene*, întrucât legea prevede numai maximumul acestora.

Astfel, în funcție de circumstanțele concrete ale fiecărei cauze și pentru motive temeinice, judecătorul-sindic poate stabili termene mai lungi decât cele prevăzute de art. 100 alin. (1) din cod, aceasta putând duce la soluționarea efectivă și eficientă a unor cauze caracterizate prin complexitate datorită numărului mare de creditori, ale căror sedii profesionale sunt situate pe o rază teritorială mai întinsă (și care nu și-au ales reprezentanți în țară) etc.

Astfel, judecătorul-sindic va putea hotărî *majorarea termenelor* prevăzute la art. 100 alin. (1) lit. b), c) și e) cu maximum 30 de zile.

În jurisprudență^[1] s-a afirmat că hotărârea de majorare a termenelor trebuie luată înainte ca acestea să expire, întrucât numai astfel se poate asigura finalitatea legii. Ar fi o măsură nelegală ca, după expirarea termenului, el să poată fi majorat, deoarece nu s-ar mai realiza *continuitatea* lui.

Majorarea termenelor trebuie făcută concomitent și corelat, iar nu doar pentru unul sau altul dintre acestea, pentru a nu interveni eventuale suprapuneri de termene.

Se observă că, în timp, față de prevederile Legii nr. 64/1995, aceste termene s-au scurtat, scopul fiind de a se imprima o mai mare celeritate procedurii insolvenței.

Publicitatea hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței și a efectelor acesteia este realizată și prin măsura prevăzută de art. 101 alin. (2) din Codul insolvenței, constând în efectuarea de *mențiuni în registrele de publicitate* despre deschiderea procedurii, pe baza *comunicării copiei hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței*. Obligația de a comunica această hotărâre îi revine practicianului în insolvență. Scopul efectuării mențiunii este și avertizarea publicului interesat asupra efectelor deschiderii procedurii^[2].

Comunicarea prevăzută de art. 101 alin. (2) se adresează serviciului de carte funciară pentru imobile, precum și Arhivei Electronice de Garanții Reale pentru bunuri mobile. Pentru acest gen de garanții, comunicarea va menționa datele de identificare a debitorului și ale bunurilor.

[1] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 751 din 18 mai 2010, în *M.I. Barna Prisăcaru*, Jurisprudență comercială comentată a Curții de Apel București, în R.D.C. nr. 5/2011, p. 58.

[2] *I. Turcu, Legea (...)*, p. 356.

În ceea ce privește garanțiile reale mobiliare, se cuvine a se preciza că, prin art. 230 lit. u) din Legea nr. 71/2011^[1], a fost abrogat Titlul VI „Regimul juridic al garanțiilor reale mobiliare” al Legii nr. 99/1999^[2], iar figura juridică a garanțiilor reale mobiliare a fost înlocuită cu ipoteca mobilă, reglementată de noul Cod civil în art. 2387-2477.

Potrivit art. 2413 alin. (1) NCC, înregistrarea operațiunilor privind ipotecile mobiliare, a operațiunilor asimilate acestora, precum și a altor drepturi prevăzute de lege se efectuează în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare.

§7. Reprezentarea debitorului în cursul procedurii

63. În derularea procedurii generale, începând cu cererea introductivă și până la închiderea procedurii, debitorul persoană juridică, îndeosebi societate, se poate afla în situații diferite în ceea ce privește dreptul de administrare, personalitatea juridică etc., cu consecințe în primul rând asupra reprezentării sale, asupra drepturilor și obligațiilor procesuale care îi revin în cadrul procedurii. Sub același aspect, situația debitorului trebuie analizată, de asemenea, în raport cu desfășurarea procedurii în instanță, respectiv în afara acesteia, cu natura actului efectuat, cu terțele persoane.

7.1. Perioada judecării cererii introductive

64. În perioada cuprinsă între momentul formulării cererii introductive și cel al sentinței de deschidere a procedurii, prin care, de regulă, se ridică dreptul de administrare al debitorului, acesta din urmă își exercită dreptul menționat la fel ca în perioada de activitate obișnuită, în mod complet, inclusiv în ceea ce privește reprezentarea în procedură, în alte procese sau față de terți, prin conducerea executivă (administratorii statutar). În intervalul dintre cererea introductivă și deschiderea procedurii, dreptul de administrare există neștirbit, sub aspectul celor trei atribute menționate, inclusiv în ceea ce privește conducerea activității și reprezentarea debitorului într-un proces, față de terți etc.

Administratorul statutar, iar nu cel judiciar, va reprezenta debitorul și la judecata căii de atac declarate împotriva hotărârii prin care s-a deschis procedura, deoarece măsura desemnării provizorii a unui administrator judiciar, chiar dacă a intervenit prin aceeași hotărâre prin care s-a dispus și deschiderea procedurii, are caracter subsecvent dispoziției privind deschiderea procedurii, vizate efectiv prin apel, constituind de fapt o măsură pentru continuarea procedurii deja deschise.

7.2. Perioada de observație

65. După cum s-a arătat în subsecțiunile anterioare, deschiderea procedurii determină anumite modificări în privința dreptului de administrare al debitorului, referitor la obiectul exercitării acestuia și la persoanele abilitate în acest sens.

După deschiderea procedurii generale, începând cu perioada de observație și până la închiderea procedurii, în procesele de drept comun debitorul este reprezentat și citat *prin administratorul judiciar* sau, după caz, *prin lichidatorul judiciar*, indiferent de aspec-

^[1] Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011).

^[2] Legea nr. 99/1999 privind unele măsuri pentru accelerarea reformei economice (M. Of. nr. 236 din 27 mai 1999).

tul ridicării dreptului de administrare, fiind citat atât la sediul practicianului în insolvență, cât și la sediul social. Dispozițiile art. 155 alin. (1) pct. 5 NCPC arată că cei supuși procedurii insolvenței vor fi citați la domiciliul sau, după caz, la sediul acestora; după deschiderea procedurii, citarea va fi efectuată potrivit legii speciale. Dispozițiile speciale la care se face trimitere sunt cele prevăzute de art. 41 alin. (5) din Codul insolvenței, care arată că „în litigiile care au fost promovate în temeiul dreptului comun, după deschiderea procedurii insolvenței citarea debitorului se va face la sediul acestuia și la sediul administratorului judiciar/lichidatorului judiciar”.

Mai mult, ridicarea dreptului de administrare atrage în perioada de observație, în raporturile implicate de continuarea activității curente, reprezentarea, sub aspect general, a debitorului prin *administratorul judiciar*. În cazul în care nu s-a ridicat dreptul de administrare, reprezentarea debitorului în privința raporturilor referitoare la continuarea activității curente revine *administratorului statutar* (în fapt, astfel cum am arătat mai sus, pentru o scurtă perioadă de timp) sau *administratorului special*, dacă a fost desemnat.

Ridicarea dreptului de administrare atrage în perioada de observație, în raporturile implicate de continuarea activității curente, reprezentarea, sub aspect general, a debitorului prin administratorul judiciar.

Obligarea directă a administratorului special, prin dispozitivul hotărârii de deschidere a procedurii, și nu a celui statutar, la depunerea documentelor practicianului în insolvență desemnat să administreze procedura, nu este legală. Instanța nu poate prevedea, încă de la data deschiderii procedurii, dacă adunarea generală a societății falite va desemna sau nu un administrator special, astfel că dispoziția menționată poate fi încălcată, fără culpă, de persoana însărcinată cu acest fapt.

Pe de altă parte, nu se stabilește data la care se va ține adunarea generală a acționarilor, asociaților sau membrilor persoanei juridice, astfel că, deși legea îl obligă pe practician să o convoace în termen de 10 de zile de la de la notificarea deschiderii procedurii, este imposibil ca în 10 zile de la deschiderea procedurii insolvenței administratorul special să fie desemnat și să predea întreaga documentație. Reamintim că, potrivit art. 74 din Codul insolvenței, „în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute la art. 67 alin. (1)”.

7.3. Reprezentarea în perioada de reorganizare judiciară

66. Indiferent de situația anterioară, în cazul confirmării unui plan, potrivit art. 141 alin. (2) din Codul insolvenței, în cadrul reorganizării judiciare *administratorul special* conduce activitatea debitorului sub supravegherea administratorului judiciar, prin urmare îl și reprezintă în cadrul procedurii, precum și în afara acesteia, bineînțeles, în limita permisă de plan. Reprezentarea debitorului în procesele din *instanțele de drept comun* rămâne, însă, în atribuția *administratorului judiciar*, planul neputând să cuprindă clauze contrare referitoare la un asemenea aspect.

În cazul unei reorganizări judiciare finalizate cu succes, în condițiile reinsertiei debitorului în activitatea comercială normală, dreptul de administrare va fi reexercitat de *administratorii statutari*. Totuși, când prevederile planului nu sunt respectate, dispozițiile art. 143 alin. (1) din Codul insolvenței îi stabilesc pe cei îndreptățiți să ceară judecătorului-sindic intrarea în faliment^[1].

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 196.

Credem că administratorul special poate justifica un interes și poate reprezenta debitoarea, în cazul în care administratorul judiciar nu o face sau declară că nu are interesul. În această perioadă, rolul de conducător aparține administratorului special, supravegheat de cel judiciar. Însă, justificarea declarării unui apel sau recurs, de exemplu, poate avea succes, când se dovedește protejarea interesului debitoarei.

Într-o speță, s-a admis recursul declarat de administratorul special al debitoarei raportat la greșita restituire, de către judecătorul-sindic, a garanției de participare la licitație, în faza de supraofertă, către adjudecatarul inițial. Într-o fază anterioară, se dispusese anularea licitației pentru neplata prețului în timpul stabilit de către debitoare și adjudecatar^[1]. Ambele procese au fost demarate de administratorul special, căruia i s-a recunoscut calitatea procesuală activă^[2], în contra susținerilor administratorului judiciar care, nu doar că nu a demarat vreun proces pentru recuperarea activului vândut și neplătit după doi ani sau a garanției de participare la supralicitație, dar s-a și împotrivit vehement la admiterea oricărei acțiuni. De aceea, s-a apreciat că soluția instanței de fond, în această privință, este greșită.

7.4. Reprezentarea în faliment

67. Trecerea la faliment (deschiderea procedurii simplificate, trecerea la faliment în urma finalizării perioadei de observație din procedura generală sau în cazul în care reorganizarea încetează, trecându-se la faliment) ridică *de drept* debitorului dreptul de administrare^[3].

Potrivit art. 85 alin. (4) și (7) coroborat cu art. 145 alin. (2) lit. a), dreptul de administrare al debitorului încetează de drept la data la care se dispune începerea falimentului. Prin sentința prin care se dispune intrarea în faliment se dispune și dizolvarea societății debitoare, astfel că, de la data intrării în faliment, în raport cu debitorul, se mai pot desfășura doar activitățile necesare derulării operațiunilor lichidării, sub conducerea și reprezentarea *lichidatorului judiciar*, inclusiv în ceea ce privește reprezentarea debitorului în cadrul procedurii sau în afara acesteia^[4].

În cazul *debitorului persoană fizică*, acesta nu poate constitui obiectul procedurii generale, ci doar al falimentului în procedura simplificată, în care nu mai poate încheia acte juridice singur, ci doar *prin lichidator*, care devine reprezentantul său legal.

7.5. Aspecte specifice ale reprezentării debitorului în procedură

68. Dispozițiile din art. 56 alin. (2) și art. 5 pct. 4 trebuie interpretate în sensul că prevăd *în mod general atribuțiile administratorului special* în raport cu criteriul ridicării sau nu a dreptului de administrare, în timp ce dispozițiile din art. 56 alin. (1) enumeră *în mod concret câteva atribuții* pe care administratorul special le exercită, *indiferent* de ridicarea sau nu a dreptului de administrare. Prevederile art. 56 alin. (1) au în vedere stabilirea de

^[1] Din cuprinsul actului la care părțile făceau referire, rezulta că în situația în care adjudecatarul nu plătește prețul, actul de vânzare este nul.

^[2] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 1445/2007.

^[3] I.C.C.J., s. com., dec. nr. 1887 din 17 mai 2007, nepublicată.

^[4] C.A. București, s. a V-a com., dec. nr. 2592 din 18 octombrie 2006, referitor la obligația de conservare a bunurilor debitorului, care revine în exclusivitate lichidatorului judiciar. S-a constatat nelegalitatea încheierii prin care un creditor a fost obligat să asigure paza bunurilor. C.A. București, s. a V-a com., în B.J. nr. 3/2006, Ed. Brilliance.

atribuții exprese pentru administratorul special, astfel că, pentru ipoteza în care acesta nu este desemnat, nu se poate pune problema unei abilitări a administratorului statutar în sensul preluării atribuțiilor prevăzute pentru administratorul special sub aspectul reprezentării debitorului pe aspectele la care se referă alin. (1) (propunerea unui plan, formularea unor contestații, obiecțiuni etc.) sau privind alte aspecte [cum ar fi apelul, potrivit art. 46 alin. (1)].

Într-adevăr, legea conține expres prevederi care au în vedere pe „debitor” (fără a preciza prin cine este reprezentat), în timpul derulării procedurii, chiar dacă a intervenit desesizarea și atunci când s-a ridicat dreptul de administrare și nu a fost desemnat administrator special, exercitarea unor drepturi procesuale (chiar dacă nu au rămas prea multe, ele provin din formularea Legii nr. 64/1995, chiar mai înainte de introducerea instituției administratorului special, astfel că la acel moment nu puteau avea în vedere decât debitorul prin administratorul statutar)^[1]. Aceste drepturi nu se pot exercita prin reprezentarea debitorului de către practicianul în insolvență, unele vizând chiar activitățile lui, astfel că judecata trebuie să se desfășoare în contradictoriu cu acesta.

Astfel sunt, exemplificativ, contestația la măsurile practicianului, propunerea unui plan, contestația prevăzută de art. 111, citarea potrivit art. 160 alin. (6), primirea raportului final, iar distinct și subsecvent trebuie avută în vedere și posibilitatea formulării apelului prevăzută la modul general în art. 46 alin. (1) din Codul insolvenței, referitor la hotărârile pronunțate în procedură, în ceea ce privește debitorul. În cazul prevederii posibilității debitorului de a formula contestații, dispozițiile art. 56 alin. (1) lit. b) stabilesc în atribuția administratorului special reprezentarea debitorului pentru formularea *oricăror contestații în procedură*. Dispozițiile art. 56 alin. (1) prevăd și alte cazuri în care debitorul trebuie să fie reprezentat de administratorul special, chiar dacă dispoziția care reglementează acel caz are în vedere doar „debitorul”. Prin urmare, în toate aceste cazuri, incluse practic în ipotezele din art. 56 alin. (1), dacă s-a desemnat administratorul special, chiar dacă s-a ridicat dreptul de administrare, debitorul va fi reprezentat de administratorul special și, din moment ce legea prevede ca parte debitorul (fie că formulează și o cerere, fie că doar trebuie să fie prezent), acesta va putea exercita și *calea de atac a apelului*. Dacă nu s-a desemnat un administrator special (deși în această calitate ar putea fi desemnat foarte simplu tot cel statutar) și, evident, s-a ridicat dreptul de administrare, debitorul este decăzut din drepturile pe care i le recunoștea procedura și pe care le exercita *numai* prin administratorul special, deci nu va mai putea să propună un plan, să formuleze contestații etc. Nemaiputând fi parte sub aceste aspecte procedurale în primă instanță, debitorul nu are nici de ce să formuleze apel. Dacă, totuși, debitorul formulează contestații, prin administratorul statutar, cererea va primi termen, dar în mod obligatoriu trebuie să se invoce și să se admită de către judecătorul-sindic excepția lipsei calității procesuale, în raport cu decăderea prevăzută de art. 53 alin. (2) (lipsa de interes sau lipsa calității de reprezentant constituind doar argumente în susținerea acestei excepții). Împotriva hotărârii debitorul poate face apel doar pentru motive privind excepțiile invocate^[2].

69. Doar în cazul acțiunilor reglementate potrivit art. 117-122 și al celor prevăzute la art. 84 din Codul insolvenței, legiuitorul a avut în vedere să prevadă în mod expres, ca

^[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 312, în care se critică actuala reglementare a instituției administratorului special și confuzia atribuțiilor sale cu cele ale administratorului statutar.

^[2] A. Avram, op. cit., p. 121.

excepție de la regulă, că în situația în care nu a fost desemnat un administrator special, prin care să poată fi citat debitorul în calitate de părât, se va desemna de către judecătorul-sindic, pentru reprezentarea debitorului, un *curator special* desemnat dintre organele de conducere statutare aflate în exercițiul funcțiunii la data deschiderii procedurii, aceasta având în vedere că deși astfel de acțiuni fac parte din procedura insolvenței, au caracter distinct față de actele din procedura propriu-zisă.

70. Anterior, în practică s-a arătat că în cazul formulării acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006 (în prezent art. 169 din Codul insolvenței), creditorii nu ar fi reprezentați în mod colectiv de către *practicianul în insolvență*^[1].

Or, în ipoteza în discuție, practicianul nu dobândește calitatea de mandatar^[2], ci are calitate procesuală activă proprie, exercitând o atribuție ce ține de esența procedurii. Dacă ar dobândi calitatea de mandatar al creditorilor, ar însemna că și aceștia din urmă pot ataca individual hotărârile prin care s-au soluționat acțiunile respective. Or, o asemenea cale de atac trebuie să fie respinsă pentru lipsa calității procesuale active^[3].

Credem că actuala legislație nu impune, decât în mod indirect, limite ale exercitării unor acțiuni ce derivă din derularea procedurii. Într-adevăr, sunt enumerate, exemplificativ, atribuțiile practicianului în insolvență, însă, la fel cu situația atribuțiilor judecătorului-sindic, discuțiile pe această temă sunt actuale. Spre exemplu, în dreptul francez al procedurilor colective, problema validității tranzacțiilor administratorului/lichidatorului a fost examinată în legătură cu următoarele situații:

- lichidatorul nu are puterea de a renunța la stingerea unei creanțe, nici dacă este autorizat de judecătorul-comisar;

- nu este susceptibilă de tranzacție soluționarea acțiunii pentru obligarea la acoperirea pasivului de către persoanele care au contribuit la insuficiența activului printr-o greșeală de gestiune^[4].

7.6. Reprezentarea în contextul închiderii procedurii

71. În cazul reorganizării judiciare, în urma aplicării reușite a unui plan confirmat, hotărârea de închidere a procedurii se va pronunța în contradictoriu cu debitorul, prin administratorul special, cu aceeași reprezentare putându-se formula și apelul de către debitor.

S-a considerat că hotărârea de închidere a procedurii falimentului privește debitorul, prin lichidator judiciar, iar împotriva acesteia debitorul poate formula calea de atac doar prin *lichidator judiciar* (iar nu și prin administratorul special sau statutar), fără ca acesta din urmă să poată pretinde că nu mai are calitate procesuală în acest sens pe motivul că, prin închiderea procedurii, ar fi fost *descărcat de atribuții*. Este adevărat că hotărârea de închidere a procedurii dată în primă instanță este executorie, dar dispoziția privind descărcarea lichidatorului de atribuții nu implică aspectul executării și, oricum, vizează o perioadă ulterioară închiderii, iar nu închiderea în sine. Pot formula apel

[1] Trib. Constanța, încheierea nr. 8374/2006, în E. Lovin, Procedura insolvenței, Ed. Monitorul Oficial, București, p. 409.

[2] Pentru dezvoltări privind reprezentarea creditorilor în legislația franceză și italiană, Gh. Piperea, op. cit., p. 314 și I. Turcu, Legea procedurii insolvenței, p. 331.

[3] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 731 din 7 iunie 2010, nepublicată.

[4] Pentru dezvoltări, P. Canet, Liquidation judiciaire, Revue des procédures collectives civiles et commerciales, no. 4, Décembre 2002, p. 283.

părțile astfel cum s-au regăsit la judecata în primă instanță, finalizată cu pronunțarea hotărârii apelate. Întotdeauna, la intrarea în procedura falimentului, al cărei obiect este lichidarea bunurilor debitorului în vederea distribuirii valorii lor către creditori, se dispune dizolvarea debitorului persoană juridică și intervine de drept ridicarea dreptului de administrare, iar pentru derularea operațiunilor privind lichidarea este abilitat în mod legal lichidatorul, abilitare care se menține până la închiderea procedurii, în raport cu care se dispune degrevarea de atribuții. Prin urmare, inclusiv la judecata privind închiderea procedurii, debitorul este reprezentat prin lichidatorul judiciar, ca regulă, și în aceste condiții este dată și hotărârea de închidere, astfel că și în apelul formulat împotriva hotărârii de închidere debitorul trebuie să fie reprezentat prin lichidator^[1].

În *faliment* debitorul nu poate fi reprezentat (și citat) decât prin *lichidatorul judiciar*, iar nu și prin administratorul special sau statutar. În ceea ce privește *administratorul special*, în conformitate cu prevederile art. 56 alin. (2) din Codul insolvenței, chiar dacă debitorul nu este decăzut din drepturile recunoscute de procedură, în urma intervenirii de drept a ridicării dreptului de administrare, administratorul special va mai putea doar să reprezinte interesele acționarilor/asociaților și să exercite atribuțiile din art. 56 alin. (1) corespunzătoare falimentului, acestea neimplicând însă reprezentarea debitorului. Astfel, s-a opinat în sensul că, deși administratorul special primește, potrivit art. 167 și art. 56 alin. (2), raportul și bilanțul final și participă la ședința având ca obiect soluționarea obiecțiunilor, aceste acte de procedură sunt, în sine, distincte de cel privind închiderea procedurii, iar legea nu prevede posibilitatea formulării obiecțiunilor și de către administratorul special tocmai pentru că în situația respectivă acesta nu reprezintă debitorul.

Nu credem că aceasta este interpretarea corectă a textului. Nu vedem care ar putea fi rațiunea legiuitorului de a dispune notificarea închiderii procedurii către administratorul special al debitoarei dacă acesta nu ar putea să o conteste. Pe de altă parte, comunicarea raportului final are scopul de a încunoștința orice participant la procedură despre finalizarea demersurilor și întocmirea bilanțului final.

Or, raportat tocmai la măsurile întreprinse în procedură și la mențiunile din bilanț, precum și la eventuala închidere nelegală ori prematură, se pot face referiri în contestație.

De asemenea, în situația în care, în urma închiderii procedurii, au rămas sume de bani sau bunuri ce trec în proprietatea indiviză a asociaților/acționarilor, conform art. 176 din Codul insolvenței, măsură care nu a fost dispusă de către practicianul în insolvență, interesul administratorului special, mai ales dacă acesta este fostul administrator statutar sau un acționar/asociat, justifică pe deplin interesul în atacarea raportului final și chiar a închiderii procedurii.

În ceea ce privește *administratorul statutar*, trebuie admis că, în condițiile prevăzute de art. 54, acesta este *înlăturat din întreaga procedură* în urma transmiterii exercitării atributelor dreptului de administrare către administratorul special sau practicianul în insolvență. Prin urmare, la judecata privind închiderea procedurii nu se pune problema reprezentării debitorului prin administratorul statutar. În plus, dispunerea închiderii procedurii nu este de natură să „reactiveze” administratorul statutar, în condițiile finalizării lichidării și dispunerii radierii debitorului, astfel că nu este cazul nici ca în apel debitorul să fie reprezentat prin acest administrator^[2].

[1] A. Avram, op. cit., p. 117.

[2] A se vedea, în sens contrar, Trib. Maramureș, sent. civ. nr. 4060 din 1 noiembrie 2006.

Opinia în același sens a fost exprimată și în literatura juridică, susținându-se că deși hotărârea de închidere a falimentului este executorie, iar lichidatorul este dezinvestit, totuși debitorul, prin lichidatorul judiciar, poate formula cale de atac împotriva hotărârii respective, deoarece procedura nu s-a încheiat definitiv. În lipsa unei reglementări exprese este aplicabil dreptul procedural comun. Chiar dacă debitorul nu mai are personalitate juridică, sunt aplicabile dispozițiile art. 56 alin. (2) NCPC, în sensul că debitorul poate sta în justiție și în lipsa personalității juridice dacă există organe de conducere, iar lichidatorul judiciar deține această calitate^[1].

Secțiunea a 5-a. Concursul dintre legislația achizițiilor publice și Codul insolvenței

72. Din perspectiva efectelor deschiderii procedurii insolvenței asupra actelor juridice pe care debitorul le poate încheia, după deschiderea procedurii, o situație aparte este cea a regiilor autonome și a altor entități care sunt nevoite să contracteze unele servicii sau să achiziționeze bunuri.

Conform prevederilor art. 9 din O.U.G. nr. 34/2006^[2], acest act normativ se aplică pentru:

- a) atribuirea contractului de achiziție publică, inclusiv a contractului sectorial;
- b) încheierea acordului-cadru;
- c) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de lucrări, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:
 - respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;
 - valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 5.000.000 euro;
- c¹) atribuirea, de către o entitate juridică fără calitate de autoritate contractantă, a unui contract de servicii, în cazul în care se îndeplinesc în mod cumulativ următoarele condiții:
 - respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;
 - valoarea estimată a respectivului contract este egală sau mai mare decât echivalentul în lei al sumei de 200.000 euro;
- d) atribuirea contractului de achiziție publică de către o autoritate contractantă, în numele și pentru o altă persoană fizică/juridică, în cazul în care respectivul contract este finanțat/subvenționat în mod direct, în proporție de mai mult de 50%, de către o autoritate contractantă;
- e) organizarea concursului de soluții;
- f) atribuirea contractului de concesiune de lucrări publice și a contractului de concesiune de servicii;

^[1] A. Avram, op. cit., p. 118.

^[2] O.U.G. nr. 34/2006 privind atribuirea contractelor de achiziție publică, a contractelor de concesiune de lucrări publice și a contractelor de concesiune de servicii (M. Of. nr. 418 din 15 mai 2006) a suferit numeroase modificări. Ultimele modificări relevante ale articolelor la care facem referire în prezenta secțiune au fost aduse prin O.U.G. nr. 77/2012 (M. Of. nr. 827 din 10 decembrie 2012).

Așadar, prevederile O.U.G. nr. 34/2006 sunt aplicabile atât regiilor autonome, care pot fi supuse procedurii insolvenței, potrivit art. 3 alin. (2) din Codul insolvenței, cât și tuturor categoriilor de persoane juridice care pot avea calitatea de subiect pasiv al procedurii insolvenței.

Potrivit art. 3¹ din O.U.G. nr. 34/2006, există trei categorii de *contracte de achiziție publică*, și anume *contractele de lucrări*, *contractele de furnizare* și *contractele de servicii*.

În cazul în care asemenea persoane juridice identificate mai sus sunt supuse procedurii insolvenței, se poate pune problema aplicării legislației specifice achizițiilor publice și, cel puțin aparent, poate exista un conflict între aplicarea dispozițiilor Codului insolvenței și aplicarea dispozițiilor O.U.G. nr. 34/2006.

Astfel, se prefigurează două soluții: *prima soluție* este efectuarea achizițiilor conform O.U.G. nr. 34/2006, cu aplicarea întregii proceduri, ce permite atât formularea de contestații la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor, cât și formularea de plângeri la instanță, cu consecința inevitabilă a unor întârzieri în derularea procedurii insolvenței, iar *a doua soluție* este aplicarea strict a prevederilor Codului insolvenței, fără a se mai recurge la prevederile speciale privind achizițiile publice.

Considerăm că cea de a doua soluție este mai aproape de spiritul procedurii insolvenței și de principiile care o guvernează. Chiar primele trei principii expuse de art. 4 din Codul insolvenței sunt de natură să contureze un fundament puternic pentru această opinie. Aceste principii sunt maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor, acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară și asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri.

Maximizarea averii debitorului, derularea eficientă a procedurii insolvenței, într-un timp util și acordarea unei șanse de redresare eficientă a debitorului, prin procedura reorganizării judiciare, implică desfășurarea cu celeritate a tuturor etapelor procedurii insolvenței. Celeritatea care trebuie să caracterizeze derularea procedurii insolvenței ar fi puternic afectată de aplicarea procedurilor de achiziție publică, din punct de vedere al eventualelor contestații și procese ce ar putea surveni.

De altfel, Codul insolvenței conține prevederi speciale în ceea ce privește cheltuielile pentru operațiunile la care este necesară angajarea de specialiști.

Astfel, conform art. 62 alin. (6) din Codul insolvenței, „în cazul în care operațiunile pentru care este necesară angajarea de specialiști sunt operațiuni impuse de lege, cum ar fi, dar nu limitat la acestea, arhivarea documentelor, bilanțurile obligatorii de mediu, audit și alte asemenea, dacă propunerile administratorului judiciar/lichidatorului judiciar sunt respinse de către comitetul creditorilor, acesta va convoca din nou comitetul în termen de maximum 7 zile, în care membrii comitetului vor propune și desemna un specialist, aprobându-i și onorariul. În cazul în care în cele două ședințe ale comitetului creditorilor nu s-a decis numirea unui specialist, practicianul în insolvență va putea desemna specialistul cu oferita tehnică și financiară cea mai bună, dintre cele depuse pentru cele două comitete”.

Așadar, pentru aceste operațiuni, care, conform art. 6 alin. (1) din O.U.G. nr. 34/2006, au natura unui *contract de servicii*, ca specie a contractului de achiziție publică, sunt aplicabile dispozițiile speciale ale Codului insolvenței.

Considerăm că, prin intrarea în insolvență, averea debitorului intră sub protecția prevederilor speciale privind această materie, în primul rând pentru acoperirea pasivului său, dar și pentru acordarea șanse de redresare a activității. De aceea, considerăm că în toate cazurile prevalează dispozițiile Codului insolvenței, care grupează sub același control, fie că este cel al creditorilor, al practicianului în insolvență sau al judecătorului-sindic, toate operațiunile de care depind șansele de reușită ale unui plan de reorganizare sau de maximizare a averii debitorului. Ca atare, din această perspectivă, credem că nu are nicio relevanță nici stadiul în care se află procedura insolvenței (perioada de observație, de reorganizare sau de faliment).

CAPITOLUL VIII. CATEGORII DE CREANȚE. MASA ACTIVĂ ȘI MASA PASIVĂ

Secțiunea 1. Categoriile de creanțe

§1. Categoriile de creanțe în dreptul insolvenței

1.1. Necesitatea identificării categoriilor de creanțe și importanța clasificării creanțelor pe categorii

1. *Noțiunea de creanță* guvernează întreaga materie a dreptului insolvenței, regăsindu-se aproape la nivelul fiecărei instituții juridice din cadrul Codului insolvenței: scopul legii, principiile procedurii, categoriile de participanți, deschiderea procedurii și măsurile consecutive acesteia, contractele executate sau în curs de executare ale debitorului, planul de reorganizare, falimentul, distribuirea sumelor față de creditori. Importanța acestui subiect se regăsește la nivelul unui ansamblu încrucișat de coordonate, date de legiuitor prin chiar dispozițiile Codului insolvenței. În atingerea scopului legii devin interesați toți cei implicați, direct sau indirect: debitorul, creditorii, judecătorul-sindic, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, evaluatorul etc.

Pozițiile participanților se înfățișează ca solidare în atingerea scopului legii văzut ca ansamblu, respectiv acoperirea pasivului debitorului, dar unitatea declarată în drept este divizibilă în fapt, dând la iveală o suită de interese particulare, al căror arbitru este judecătorul-sindic, prin puterile conferite de legiuitor.

Starea de insolvență a debitorului este generatoare a unui ansamblu de acțiuni, grate pe motive cu caracter subiectiv sau obiectiv, interese confuze sau contradictorii.

Tendința creditorilor se poate manifesta în practică în direcția cererilor de înregistrare a unor creanțe cu un quantum sporit față de cel datorat în realitate. Uneori, plecând de la situația patrimonială neclară a debitorului și de la dorința de îmbogățire nejustificată, asistăm la solicitări de creanțe nedatorate, prescrise, compensate, achitate etc. Tendința de a contesta documentele întocmite în cadrul operațiunilor de verificare și stabilire a creanțelor^[1] se impune a fi suprimată, posibil prin discuții, explicații, informații și documente suplimentare, deoarece afectează ireversibil celeritatea derulării procedurii.

Codul insolvenței a încercat, prin definițiile date în cadrul părții introductive, să reglementeze atât noțiunile de *creditor îndreptățit să participe la procedură* (art. 5 pct. 19), *creditor care beneficiază de o cauză de preferință* (art. 5 pct. 15), *creanță bugetară*

^[1] Este însă admisibilă contestația debitorului împotriva tabelului preliminar de creanțe, atunci când creditorul nu și-a îndeplinit obligația de „minimizare a prejudiciului”, constând în îndatorirea creditorului de a avea inițiativa oricăror măsuri rezonabile de natură să-i limiteze paguba rezultată din neexecutarea contractului de către debitor. Pentru detalii, a se vedea, J. Goicovici, Obligația creditorului de moderare a prejudiciului, în R.R.D.A. nr. 2/2008, p. 73 și urm.

(art. 5 pct. 14), *creditori indispensabili* (art. 5 pct. 23), *creditor cu creanțe curente* (art. 5 pct. 21), cât și de *creditor chirografar* (art. 5 pct. 22) sau *debitor* (art. 5 pct. 26).

Articolul 161 din Cod reglementează ordinea de distribuire în procedura falimentului, însă conține și o enumerare a tipurilor de creanțe și, implicit, a deținătorilor acestora, în funcție de această ordinea de plată.

2. Principala dificultate întâmpinată în operațiunea de *clasificare a creanțelor* rezidă în interferența criteriilor în funcție de care aceste creanțe pot fi încadrate într-o categorie sau alta, conform ordinilor de prioritate reglementate de Codul insolvenței, precum și de alte dispoziții din legi speciale. De asemenea, clasificarea creanțelor se dovedește o operațiune complexă, pornind de la diversitatea izvoarelor raporturilor juridice care stau la baza nașterii acestora. Avem aici în vedere nu faptul că principalul izvor al obligației comerciale îl reprezintă contractul, ci, în general, multitudinea faptelor și actelor juridice generatoare de obligații.

Diversitatea actelor normative, care reprezintă legi speciale, cu aplicabilitate directă și particulară, constituie un alt motiv pentru care operațiunea clasificării creanțelor ridică multe și dificile probleme de drept practicienilor care activează în domeniu.

1.2. Clasificarea creanțelor în Codul insolvenței

3. Din analiza prevederilor Codului insolvenței pot fi extrase mai multe clasificări, în funcție de diverse criterii de raportare în procedura insolvenței. Astfel, potrivit art. 159 alin. (1) din Codul insolvenței, fondurile obținute din vânzarea bunurilor și drepturilor din averea debitorului, grevate, în favoarea creditorului, de cauze de preferință, vor fi distribuite în următoarea ordine:

1. taxe, timbre și orice alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor respective, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri, precum și cheltuielile avansate de creditor în cadrul procedurii de executare silită, creanțele furnizorilor de utilități născute ulterior deschiderii procedurii, în condițiile art. 77, remunerațiile datorate la data distribuirii persoanelor angajate în interesul comun al tuturor creditorilor, în condițiile art. 57 alin. (2), art. 61 și 63, care se vor suporta *pro rata*, în raport cu valoarea tuturor bunurilor din averea debitorului;

2. creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință născute în timpul procedurii de insolvență. Aceste creanțe cuprind capitalul, dobânzile, precum și alte accesorii, după caz;

3. creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, inclusiv cheltuielile, precum și cele corespunzătoare art. 105 alin. (3) și art. 123 alin. (11) lit. a).

Articolul 161 din Codul insolvenței stabilește următoarele categorii de creanțe, precum și ordinea în care acestea se vor plăti creditorilor în procedura falimentului:

1. taxele, timbrele sau orice alte cheltuieli aferente procedurii instituite prin prezentul titlu, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, pentru continuarea activității, precum și pentru plata remunerațiilor persoanelor angajate potrivit prevederilor art. 57 alin. (2), art. 61, 63 și 73, sub rezerva celor prevăzute la art. 140 alin. (6);

2. creanțele provenind din finanțări acordate potrivit art. 87 alin. (4);

3. creanțele izvorâte din raporturi de muncă;

4. creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, cele datorate cocontractanților potrivit prevederilor art. 123 alin. (4) și cele datorate terților dobânditori de bună-credință sau subdobânditorilor care restituie averii debitorului bunurile ori contravaloarea acestora potrivit prevederilor art. 120 alin. (2), respectiv ale art. 121 alin. (1);

5. creanțele bugetare;

6. creanțele reprezentând sumele datorate de către debitor unor terți, în baza unor obligații de întreținere, alocații pentru minori sau de plată a unor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență;

7. creanțele reprezentând sumele stabilite de judecătorul-sindic pentru întreținerea debitorului și a familiei sale, dacă acesta este persoană fizică;

8. creanțele reprezentând credite bancare, cu cheltuielile și dobânzile aferente, cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, din chirii, creanțele corespunzătoare art. 123 alin. (11) lit. b), inclusiv obligațiunile;

9. alte creanțe chirografare;

10. creanțele subordonate, în următoarea ordine de preferință:

a) creanțele născute în patrimoniul terților dobânditori de rea-credință ai bunurilor debitorului în temeiul art. 120 alin. (2), cele cuvenite subdobânditorilor de rea-credință în condițiile art. 121 alin. (1), precum și creditele acordate persoanei juridice debitoare de către un asociat sau acționar deținând cel puțin 10% din capitalul social, respectiv din drepturile de vot în adunarea generală a asociațiilor ori, după caz, de către un membru al grupului de interes economic;

b) creanțele izvorând din acte cu titlu gratuit.

Prin raportare, pe de o parte, la aplicarea regulilor teoriei generale a obligațiilor, la cauza sau condițiile nașterii lor sau la momentul nașterii creanțelor, pe de altă parte, respectiv anterior hotărârii de deschidere a procedurii insolvenței sau ulterior acestei date, se pot distinge și alte clasificări ale creanțelor, lista acestora fiind susceptibilă de completări:

– creanțe anterioare deschiderii procedurii și creanțe ulterioare acestui moment (creanțe curente);

– creanțe pure și simple/chirografare și creanțe complexe/care beneficiază de o cauză de preferință (privilegiu, ipotecă, gaj, drept de retenție);

– creanțe afectate de modalități și creanțe neafectate de modalități – termen și condiție;

– creanțe civile, comerciale, bugetare, fiscale, salariale;

– creanțe ce vizează cheltuielile ocazionate de procedură, creanțe ce vizează cheltuielile privind conservarea și administrarea bunurilor, creanțe ce vizează plata persoanelor angajate;

– certe, lichide și exigibile/incerte, nelichide, neexigibile;

– creanțe bugetare și creanțe nebugetare;

– creanțe stabilite prin titlu și creanțe care nu sunt stabilite prin titlu;

– creanțe supuse modificării și creanțe definitive;

– creanțe defavorizate de plan și creanțe care nu sunt defavorizate de plan;

– creanțe înscrise în mod provizoriu și creanțe definitive;

– creanțe fixe la data deschiderii procedurii și creanțe producătoare de dobânzi, penalități sau majorări după data deschiderii procedurii;

– creanțe al căror deținător este cunoscut sau necunoscut;

- creanțe contestate și creanțe necontestate;
- creanțe urmărite și satisfăcute și creanțe urmărite și nesatisfăcute;
- creanțe executate și creanțe neexecutate;
- creanțe rezultate din acte și fapte civile și creanțe rezultate din infracțiuni;
- creanțe salariale, creanțe aparținând furnizorilor de utilități, creanțe bancare, creanțe subordonate, creanțe destinate acoperirii cheltuielilor procedurii etc.;
- creanțe cu posibilități de recuperare sigure și creanțe cu posibilități de recuperare incerte.

Din analiza tipurilor de creanțe care pot apărea în procedura de insolvență, efectuată mai sus, rezultă că aceste criterii prevăzute de legiuitor sunt multiple: natura creanței, momentul declarării creanței, gradul de satisfacere a creanței, prioritatea creanței, gradul de stabilitate al întinderii creanței, certitudinea creanței, posibilitatea urmăririi creanței, structura creanței, asigurarea creanței, caracterul executoriu al creanței etc. Astfel de criterii trebuie privite nu numai din punctul de vedere al titularului creanței, ci și din punctul de vedere al debitorului și a averii de care dispune acesta.

§2. Creanțele care beneficiază de cauze de preferință în procedura insolvenței

4. Fac parte din categoria creanțelor care beneficiază de cauze de preferință orice creanțe, indiferent de natura juridică: comercială, civilă, fiscală etc. Pentru debitor, acestea constituie datorii, indiferent de valoarea lor. Cuantumul datoriei prezintă importanță doar atunci când este formulată cererea pentru deschiderea procedurii. Odată deschisă procedura, aceasta se va desfășura până la finalizare, chiar dacă se înregistrează doar creanțe care beneficiază de cauze de preferință.

Urmare a intrării în vigoare a noului Cod civil a fost necesară coroborarea textelor din legislația specială a insolvenței cu cele de drept comun, astfel încât Codul insolvenței a preluat terminologia din Codul civil. În acest sens, potrivit art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței, creanțele care beneficiază de o cauză de preferință sunt acele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu și/sau de un drept de ipotecă și/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2.347 NCC, și/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință. În cazul în care debitorul este terț garant, creditorul care beneficiază de o cauză de preferință va exercita drepturile corelative numai în ceea ce privește bunul sau dreptul respectiv. Aceste cauze de preferință au înțelesul dat lor de Codul civil, dacă prin lege specială nu se prevede altfel.

Din categoria creanțelor care beneficiază de cauze de preferință^[1] ce ar putea participa în procedura insolvenței nu pot face parte decât acele creanțe care sunt însoțite de una dintre cauzele de preferință precizate expres de legiuitor: ipotecă (mobiliară sau imobiliară), gaj, privilegiu și drept de retenție.

De asemenea, și rezerva de proprietate, asimilată conform art. 2.347 alin. (2) NCC, ipotecilor, a beneficiat de un tratament adecvat prin Codul insolvenței, în materia contractelor de leasing financiar.

^[1] A se vedea, în acest sens, D.D. Moțiu, Considerații privind creanțele garantate în procedura insolvenței, în Phoenix. nr. 23/2008, p. 12-19.

2.1. Calitatea în care participă titularii creanțelor care beneficiază de o cauză de preferință în procedura insolvenței

5. Grație prerogativelor speciale conferite creditorilor diligenți de legislația civilă, și care se păstrează în procedura insolvenței prin recunoașterea cauzei de preferință instituită asupra bunului, creditorul care beneficiază de o cauză de preferință participă la procedură fie datorită simplei calități de creditor, caz în care este inclus, prin vot, în adunarea creditorilor și unde drepturile și obligațiile sale sunt, în principiu, similare cu cele ale oricărui alt creditor, fie datorită faptului că a fost desemnat provizoriu de judecătorul-sindic sau ales definitiv de creditorii în comitetul creditorilor. Menționăm în acest sens că adunarea creditorilor și comitetul creditorilor se înscriu în categoria celorlalți participanți la procedură^[1], cărora însă Codul insolvenței le conferă un statut aparte, în ceea ce privește constituirea, atribuțiile, capacitatea decizională, responsabilitățile etc.

Importanța și efectele unei creanțe care beneficiază de o cauză de preferință asupra procedurii reies din puterea conferită de legiuitor deținătorilor unei astfel de creanțe. Astfel, dacă orice creditor face parte *de drept* din adunarea creditorilor, indiferent de tipul sau natura creanței sale (deci inclusiv un creditor care beneficiază de o cauză de preferință), în schimb creditorul care beneficiază de o cauză de preferință își impune „supremația” prin prerogativele legale suplimentare sau speciale de care dispune. El are dreptul de a fi desemnat (provizoriu) de judecătorul-sindic în comitetul creditorilor sau de a fi ales în acest comitet de adunarea creditorilor și de a participa la exercitarea oricărei atribuții aferente. Comitetul creditorilor are calitate procesuală activă în procedura insolvenței, fiind autorizat să introducă anumite tipuri de acțiuni în instanță, atunci când administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar nu formulează astfel de acțiuni^[2].

Valoarea creanței creditorului care beneficiază de o cauză de preferință determină și drepturile sale în cadrul adunării creditorilor, în sensul că influențează decisiv atât întrunirea sa în condiții de legalitate (prin simplul fapt că este unul dintre acei creditori care poate face parte din comitetul creditorilor), cât și deliberările și hotărârile acestui organism dacă valoarea este ridicată, prin raportare la valoarea creanțelor celorlalți creditori.

2.2. Avantajele acordate creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință în procedura insolvenței

6. În pofida numeroaselor tipuri de creditori și, implicit, de creanțe care pot coexista în procedura insolvenței, este indiscutabil că acele creanțe care beneficiază de o cauză de preferință se bucură de un regim privilegiat, concretizat într-un ansamblu de avantaje acordate acestei categorii. Totuși, este important de subliniat faptul că, în lipsa constituirii unei cauze de preferință, nu suntem în prezența unui creditor beneficiind de un astfel de regim. Astfel, în practica judiciară^[3], s-a decis că existența unei garanții reale

^[1] Alături de organele procedurii (instanța judecătorească, judecătorul-sindic, administratorul și lichidatorul), în categoria „alți participanți” la procedură includem: debitorul, adunarea creditorilor, comitetul creditorilor, specialiști angajați să contribuie la desfășurarea în condiții optime a procedurii. Pentru dezvoltări, a se vedea, A. Miff, Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective, în R.R.D.A. nr. 1/2007, p. 59.

^[2] De exemplu, comitetul creditorilor poate introduce acțiunea în anularea actelor sau operațiunilor efectuate de debitor în perioada suspectă [art. 118 alin. (2) din Codul insolvenței] și acțiunea în atragerea răspunderii organelor de conducere, prin președintele comitetului [art. 169 alin. (7) din Codul insolvenței].

^[3] C.A. Pitești, dec. nr. 191/R din 15 februarie 2008, www.portal.just.ro.

imobiliare asupra bunurilor unei terțe persoane care a acceptat instituirea unei ipoteci pe apartamentul său, pentru a garanta contractul de împrumut al debitoarei-falite, nu conferă caracter privilegiat creanței împrumutătorului în raport cu debitoarea.

De altfel, Codul insolvenței a introdus o precizare binevenită pentru recunoașterea acestui regim juridic garantat numai în privința garanțiilor aferente averii debitorului, prin dispozițiile art. 5 pct. 15: „(...) asupra bunurilor din patrimonial debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință”.

De asemenea, în lipsa înregistrării gajului reclamantei asupra bunurilor mobile ale debitoarei în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, acesta nu este opozabil celorlalți creditori și nu îi conferă caracterul de creanță privilegiată. În această privință, Codul insolvenței a ridicat la rang de text normativ această regulă de opozabilitate a garanțiilor reale, prin dispozițiile art. 5 pct. 22: „Simpla înscriere în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare a unei creanțe nu determină transformarea acesteia în creanță care beneficiază de o cauză de preferință”. În orice caz, în această materie practica judiciară conturase deja o jurisprudență constantă în privința calificării condiționate a dreptului de creanță în funcție de înscrierea garanției în registrele corespunzătoare^[1].

Vom prezenta detaliat aceste avantaje, apreciind că legiuitorul a instituit astfel o situație favorizantă creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință, într-un dublu sens: pe de o parte, prin instituirea cauzelor de preferință constituite de creditor cu respectarea regulilor aferente dreptului comun și, pe de altă parte, prin recunoașterea acestui regim privilegiat, care dă naștere mai multor avantaje în favoarea creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință în procedurile de insolvență.

2.2.1. Regula prevăzută de art. 75 alin. (1) din Codul insolvenței

7. Deschiderea procedurii insolvenței antrenează numeroase consecințe față de debitor și creditorii săi^[2], printre care art. 75 alin. (1) din Cod menționează cu titlu imperativ obligativitatea suspendării tuturor acțiunilor judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită individuală pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului. Scopul dispoziției legale decurge din însăși finalitatea legii, în sensul că odată deschisă procedura insolvenței, acoperirea pasivului debitorului este posibil a se realiza numai prin identificarea tuturor creanțelor deținute de terțe persoane împotriva patrimoniului debitorului, prin acordarea posibilității de a participa la procedură și de a se îndestula potrivit ordinii de priorități stabilite de lege.

Principiul suspendării executărilor silite și a realizărilor de creanțe de la data deschiderii procedurii este un principiu universal acceptat în toate legislațiile statelor europene. Astfel, în Raportul de uniformizare a legislațiilor statelor membre în materia insolvenței^[3] s-a argumentat că printre obiectivele majore ale oricărei proceduri de insolvență este Principiul II („*The general and automatic stay of the creditor's powers to assert and enforce their rights after the commencement of insolvency and reorganization proceedings*” – „Stoparea generală și automată a drepturilor creditorilor de a

[1] A se vedea Trib. Satu Mare, sent. com. nr. 373/F din 14 septembrie 2005, www.jurisprudenta.com.

[2] În ceea ce privește importanța datei deschiderii procedurii insolvenței, a se vedea, V. Godâncă-Herlea, Probleme teoretice și practice privitoare la deschiderea procedurii insolvenței, în R.D.C. nr. 9/2006, p. 80 și urm.

[3] <http://www.insol-europe.org/eu-research/harmonisation-of-insolvency-law-at-eu-level>.

realiza și executa silit drepturile împotriva debitorului, după deschiderea procedurii de insolvență”).

Caracterele procedurii de a fi colectivă, concursuală, egalitară și judiciară sunt evidențiate pe deplin prin conținutul dispoziției prevăzută de art. 75, care operează *de plin drept*, prin efectul legii, fără discriminări.

Sunt suspendate de drept judecata proceselor având ca obiect creanțe față de averea debitorului sau pretenții față de bunurile din averea debitorului, procedurile de executare silită contra averii debitorului, acțiunile arbitrale, precum și acțiunile extrajudiciare. Efectul suspendării unor astfel de acțiuni face ca, din chiar momentul pronunțării hotărârii privind deschiderea procedurii de insolvență, dreptul petentului să se poată realiza doar prin depunerea cererii de admitere a creanței în condițiile legii, astfel încât recuperarea creanței de către creditor să se realizeze nu printr-o acțiune individuală, ci printr-o procedură colectivă, supusă unor reguli speciale și derogatorii. Pe de altă parte, se vor suspenda doar acțiunile judiciare și extrajudiciare anterioare (respectiv născute anterior) deschiderii procedurii, în baza art. 36, iar acțiunile introduse ulterior acestui moment, se vor respinge ca inadmisibile⁽¹⁾, creditorii respectivi urmând a-și recupera creanțele prin participarea la procedură.

8. Un caz interesant în care o astfel de „inadmisibilitate” își găsește aplicarea, dar și soluția aferentă, îl constituie noile prevederi ale art. 105 alin. (1) din Codul insolvenței, care reglementează situația anulării sau modificării acțiunii în calea de atac a debitorului (singura care poate continua), însă fără dezlegarea fondului dedus judecății, situație în care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar va proceda la verificarea – pe fond – a acelei creanțe.

Se va suspenda orice procedură executțională individuală, chiar dacă creditorul a obținut o hotărâre judecătorească definitivă și executorie, în baza căreia a pornit procedura de executare silită, și chiar dacă urmărirea silită are la bază garanții reale în privința bunurilor aflate în patrimoniul debitorului.

Efectul suspensiv nu se produce însă față de acțiunile individuale propriu-zise sau față de urmărirea silită pornite împotriva celor care s-au obligat *alături* de debitor sau *în locul său*, respectiv *codebitorul solidar sau fideiutorul*, care vor putea participa la masa credală pentru recuperarea creanței lor și nici față de acțiunile pornite de debitor împotriva propriilor lui debitori, pe cale judiciară sau extrajudiciară.

Deși dispozițiile art. 75 alin. (3), care vizează o altă excepție de la regula suspendărilor automate legale, sunt reglementate, ca tehnică legislativă, prin folosirea termenului „Nu sunt supuse suspendării (...) acțiunile judiciare pentru determinarea existenței și/sau cuantumului unor creanțe asupra debitorului, născute după data deschiderii procedurii”, considerăm că sancțiunea introducerii unor astfel de acțiuni pe rolul instanțelor de drept comun rămâne cea a inadmisibilității, menționată mai sus. Dispozițiile legale analizate vizează regimul juridic al cererilor de plată în procedură, care au un tratament specific prin dispozițiile art. 75 alin. (4) și art. 143 alin. (3). Ori, o corectă înțelegere a textului normativ este în sensul că aceste cereri de plată sunt și ele suspendate în regimul acțiunilor judiciare pe dreptul comun, întrucât se verifică și se soluționează în cadrul procedurii de insolvență.

⁽¹⁾ Asupra argumentelor care susțin această opinie, a se vedea *N.O. Rusu*, Procedura insolvenței și prescripția extinctivă. Elemente de interferență, în *R.R.D.A.* nr. 3/2006, p. 17-19.

De asemenea, nu se suspendă nici căile de atac promovate de debitor împotriva acțiunilor unui/unor creditor/creditori începute înaintea deschiderii procedurii și nici acțiunile civile din procesele penale îndreptate împotriva debitorului.

2.2.2. Posibilitatea ridicării suspendării prevăzută de art. 75 alin. (1) din Codul insolvenței

9. Una dintre excepțiile de la regula imperativă a suspendării *ope legis* mai sus prezentată este dată de art. 78 alin. (1) din Codul insolvenței, conform căreia creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință poate solicita judecătorului-sindic, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special și a administratorului judiciar, ridicarea suspendării prevăzute la art. 75 alin. (1) cu privire la creanța sa și valorificarea imediată, în cadrul procedurii, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 154-158 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1, privind bunul asupra căruia poartă cauza de preferință.

Are calitate procesuală activă în introducerea unei astfel de acțiuni orice creditor titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință, indiferent de garanția sau privilegiul care-i însoțesc creanța sa. După cum se poate remarca, legiuitorul are în vedere doar garanțiile reale, mobiliare sau imobiliare, nu și garanțiile personale. Însă, acest privilegiu nu este acordat în mod obligatoriu, ci lăsat la aprecierea subiectivă a fiecăruia dintre creditorii titulari ai unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință. Aceasta înseamnă că libertatea funcționează în dublu sens: pe de o parte, fiecare creditor garantat poate uza de facilitatea acordată lui prin efectul legii, iar, pe de altă parte, fiecare creditor garantat nu este ținut de decizia celorlalți, astfel că doar unul/unii pot să ceară ridicarea suspendării reglementată de art. 75.

Mai mult, dacă efectul suspensiv se produce *ope legis*, în schimb înlăturarea efectului suspensiv trebuie solicitată judecătorului-sindic în mod expres, printr-o cerere în acest sens introdusă de creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință. Pe de altă parte, introducerea cererii de ridicare a suspendării trebuie să aibă la bază intenția de valorificare imediată a bunului cu care creanța sa a fost garantată, în caz contrar, apreciem că o astfel de cerere ar fi respinsă de judecătorul-sindic ca fiind lipsită de interes.

2.2.3. Condițiile generale în care operează ridicarea suspendării

10. Articolul 78 alin. (1) din Codul insolvenței prevede în mod expres condițiile generale în care operează ridicarea suspendării reglementată de art. 75 din aceeași lege.

În cadrul condițiilor generale în care operează ridicarea suspendării, se includ următoarele:

- cererea de ridicare a suspendării, introdusă de creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință, trebuie formulată în cadrul procedurii aflată pe rol.

Atunci când unul și același bun constituie obiectul mai multor cauze de preferință de care face vorbire legea sau/și acesta este afectat garantării mai multor părți de creanțe având titulari deosebiți, au calitate procesuală activă în introducerea unei astfel de cereri doar toți creditorii împreună, impunându-se realizarea acordului lor de voință în acest sens. În ipoteza nerealizării unui consens între creditori, cererea de ridicare a suspendării nu poate fi primită de către judecătorul-sindic.

– soluționarea cererii se face cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special și a administratorului judiciar;

– încuviințarea cererii de ridicare a suspendării de către judecătorul-sindic are loc doar cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 154-158 și cu condiția achitării din preț a cheltuielilor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1. Dispozițiile art. 154-158 stabilesc condițiile în ce privește lichidarea bunurilor supuse garanției, iar dispozițiile art. 159 alin. (1) pct. 1 se referă la distribuirea sumelor realizate în urma lichidării.

2.2.4. Condițiile speciale în care operează ridicarea suspendării

11. Avantajul acordat prin lege oricărui creditor titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință în privința ridicării suspendării este posibil de implementat în practică de către judecătorul-sindic doar condiționat, mai exact spus, de neîndeplinirea de către bunul afectat cauzei de preferință a condițiilor impuse de lege.

Astfel de condiții, stabilite de legiuitor în forma a două categorii de situații diferite, îndeplinesc rolul unor criterii imperative, a căror aplicare este lăsată la aprecierea judecătorului-sindic, căruia îi revine responsabilitatea deciziei. Din analiza, per ansamblu, a acestor condiții, reiese interesul preponderent al legiuitorului îndreptat spre *reușita afacerii debitorului* care tinde spre o procedură de reorganizare judiciară, și mai puțin aplecat spre interesele imediate ale creditorilor, în vederea satisfacerii creanțelor lor, chiar garantate fiind.

De asemenea, menținerea bunului în patrimoniul debitorului trebuie motivată de posibilitatea creșterii valorii sale, ca bun privit *ut singuli*, și de asigurarea unei eventuale creșteri în corelație cu celelalte bunuri, și aceasta fără efectuarea de investiții, suportate tot din averea debitorului, în conformitate cu principiul prudenței și al imaginii fidele.

Prima situație, prevăzută de art. 78 alin. (1) lit. A, vizează posibilitatea acordării suspendării prin raportare la valoarea obiectului garanției, determinată de un evaluator conform Standardelor Internaționale de Evaluare. Aceasta trebuie să fie pe deplin acoperită de valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect și:

a) obiectul garanției să nu prezinte o importanță determinantă pentru reușita planului de reorganizare propus;

b) dacă obiectul garanției face parte dintr-un subansamblu funcțional, prin desprinderea și vânzarea lui separată, valoarea bunurilor rămase să nu se diminueze.

Acțiunea individuală pornită de creditorul titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință în vederea valorificării bunurilor supuse garanției va putea fi încuviințată de judecătorul-sindic în situația în care valoarea obiectului garanției, respectiv valoarea bunurilor cu care debitorul a garantat creanța, este cel puțin egală cu valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu respectivele bunuri.

Exprimarea legiuitorului este suficient de clară atunci când face vorbire de raportul dintre valoarea obiectului garanției și valoarea totală a creanțelor și a părților de creanțe garantate cu acel obiect, în sensul că acesta se impune a fi de cel puțin 1/1, preferabil însă ca primul element al raportului să aibă o valoare cât mai ridicată față de cel de-al doilea. Interpretarea este dată de adverbul „pe deplin” utilizat de legiuitor, ceea ce înseamnă că, de preferat, este o valoare a obiectului garanției cât mai ridicată.

În măsura în care creanța creditorului titular al unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință este acoperită în întregime, diferența obținută va fi inclusă în masa credală, urmând a participa la distribuire în ordinea precizată de lege.

relativ autonome și independente, ce vizează pe de o parte bunul afectat garanției în sine, iar, pe de altă parte, creanța garantată.

În felul acesta, analiza bunului supus garanției reale comportă departajarea între factorii intrinseci care influențează valoarea bunului (de exemplu, vechime, starea de uzură, funcționare corespunzătoare tehnicilor actuale, fiabilitate etc.) și factorii extrinseci care influențează această valoare (ca de exemplu, pericol de dispariție, de dezmembrare sau dezasamblare, lipsa asigurării corespunzătoare a bunului față de diverse evenimente, ce intră în categoria forței majore sau a cazului fortuit etc.).

În același timp, și creanța creditorului poate suferi modificări, când este garantată cu rang inferior altor creanțe, datorită intervenției unor factori externi, care determină creșterea valorii totale a creanței garantate cu rang superior, prin acumularea de dobânzi, majorări, penalități de orice fel.

În momentul în care creditorul garantat demonstrează că bunul supus garanției sau creanța sa sunt afectate de astfel de factori rămâne administratorului judiciar, debitorului sau oricărei părți interesate să furnizeze dovezile necesare în sens contrar, adică să propună adoptarea unor măsuri care să înlăture consecințele negative ce planează asupra bunului sau creanței, măsuri menite să asigure o protecție adecvată creanței garantate.

2.2.5. Efectele ridicării suspendării

12. Principalul efect al ridicării suspendării prevăzute de art. 75 constă în faptul că bunul afectat garanției va fi supus *lichidării*, potrivit regulilor prevăzute de art. 154-158 din Codul insolvenței, ținându-se seama și de prevederile art. 159 din aceeași lege, privitoare la suportarea cheltuielilor de vânzare din sumele obținute cu ocazia vânzării bunului respectiv. În consecință, asistăm la diminuarea valorică a masei active a debitorului – cu bunul vândut și, în mod corespunzător, a masei pasive – cu creanța creditorului satisfăcut.

Însă, ridicarea suspendării prevăzută de lege în favoarea creditorilor titulari ai unei creanțe ce beneficiază de o cauză de preferință funcționează ca un mecanism care deteriorează în mod sever principiile generale ale procedurii insolvenței, cu deosebire cele privitoare la caracterul egalitar, concursual și colectiv. Restricțiile impuse de legiuitor prin prevederile art. 78, în pofida spectrului larg de situații în care își găsesc aplicabilitatea, nu sunt în măsură să înlăture mecanismul odată instituit ca regulă generală. Ori de câte ori nu sunt îndeplinite condițiile care înlăture în fapt posibilitatea aplicării regulii generale, li se oferă creditorilor garantați șansa de a-și recupera creanța cu prioritate, fără concursul celorlalți creditori și, de multe ori, înaintea acestora, ceea ce va conduce la ieșirea lor din procedură înainte de închiderea prin unul din cazurile prevăzute de lege.

Apreciem însă că legiuitorul a procedat în mod corect și logic prin instituirea acestei reguli generale în favoarea creditorilor garantați, prin raportare la rolul oricărei garanții reale.

2.2.6. Soluții posibile date de judecătorul-sindic

13. Dacă se formulează o cerere de ridicare a suspendării, judecătorul-sindic este obligat să se pronunțe printr-o hotărâre, cu citarea comitetului creditorilor, a administratorului special și a administratorului judiciar, prin care poate admite sau respinge,

în urma administrării întregului material probator și motivat, solicitarea ce i-a fost adresată.

Admiterea cererii de ridicare a suspendării pentru situațiile prevăzute la lit. A și lit. B), poate avea loc în funcție de materialul probator administrat de creditorul garantat reclamant, pe de o parte, și administratorul judiciar, administratorul special și comitetul creditorilor, ce apar ca părți.

Însă, pentru lit. B), legiuitorul, în mod distinct și suplimentar, prevede la art. 78 alin. (2) posibilitatea respingerii cererii de ridicare a suspendării formulată de creditor, dacă administratorul judiciar/debitorul propune în schimb adoptarea uneia sau mai multor măsuri menite să ofere protecție corespunzătoare creanței garantate a creditorului, precum:

a) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru acoperirea diminuării valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;

b) efectuarea de plăți periodice în favoarea creditorului pentru satisfacerea dobânzilor, majorărilor și penalităților de orice fel și, respectiv, pentru reducerea capitalului creanței sub cota de diminuare a valorii obiectului garanției ori a valorii părții garantate dintr-o creanță cu rang inferior;

c) novată obligației de garanție prin constituirea unei garanții suplimentare, reale sau personale ori prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

Aceasta pare să denote voința preferențială a legiuitorului de a satisface cu prioritate și cu celeritate interesele creditorilor garantați, prin fixarea unor condiții în plus, menite a suplimenta efortul acestora în vederea admiterii cererii de ridicare a suspendării.

Protecția corespunzătoare creanței garantate trebuie să provină, cum este și firesc, de la partea adversă, reprezentată de administratorul judiciar sau debitor. Cum administratorul judiciar este purtătorul intereselor tuturor creditorilor, intervenția sa în rezolvarea acestei probleme se resimte implicit, prin modalitatea consultărilor, administratorul fiind doar transmițătorul voinței celorlalți creditori.

14. Art. 78 alin. (2) din Cod precizează, cu titlu exemplificativ, că *protecția creanței garantate* se poate asigura, alternativ sau concomitent, prin una din modalitățile indicate. Astfel de modalități constituie în același timp și soluții pentru administratorul judiciar sau debitor în situația inexistenței unei protecții corespunzătoare a creanței prevăzută la lit. B.

În privința efectuării plăților în mod periodic, administratorul judiciar și debitorul sunt obligați să se conducă în procesul propunerii unei astfel de modalități după scopul legii în ansamblul său, astfel încât soluția să fie viabilă, eficientă și utilă pentru toți cei implicați (creditor garantat, creditori chirografari și debitor), în sens contrar judecătorul-sindic respingând planul de măsuri propus de aceștia. Cum creditorul garantat nu poate primi nicio garanție pentru încasarea periodică a plăților, ar urma că fiecare neplată la termen și în condițiile convenite îi conferă posibilitatea introducerii, din nou, a unei cereri de ridicare a suspendării.

Pe de altă parte, cum legea nu stabilește durată concretă a intervalului de timp la care să se efectueze plata, rămâne în sarcina celor implicați în procedură să convină atât asupra cuantumului plății, cât și asupra frecvenței acesteia.

În ceea ce privește *novata*, ca operațiune juridică prin care, urmare a acordului de voințe dintre părți, obligația veche se stinge, concomitent cu nașterea unei noi obligații, care o înlocuiește pe prima, precizăm că aceasta vizează garanția reală, inițială, veche,

care însoțește creanța creditorului, și nu transformarea creanței creditorului ca efect al novației.

Obligația de garanție se poate nova prin două modalități: prin constituirea unei garanții suplimentare, indiferent că este reală sau personală și prin substituirea obiectului garanției cu un alt obiect. În prima modalitate, este vorba de o novație obiectivă care se produce prin suplimentarea obiectului derivat al obligației de garanție, astfel că obligația veche de garanție se stinge, fiind înlocuită cu o obligație nouă de garanție care are în componența sa și o garanție reală suplimentară sau o garanție personală suplimentară. În cea de-a doua modalitate, este vorba tot de o novație obiectivă, realizată însă prin înlocuirea obiectului garanției cu un alt obiect.

Dacă prin suplimentarea obiectului derivat al garanției se ajunge la obținerea unei noi obligații de garanție, care *eo ipso* este mai valoroasă sub aspect cantitativ și, mai ales, calitativ, în situația înlocuirii obiectului garanției cu un alt obiect, aplicăm doar prezumția obținerii unui obiect mai valoros sub aspect calitativ. Sensul contrar al interpretării ar fi lipsit de orice finalitate.

2.3. Situația accesoriilor

15. Sediul materiei îl constituie art. 80 din Codul insolvenței, din analiza căruia se desprinde că, în reglementarea accesoriilor unei creanțe, un prim criteriu utilizat de legiuitor îl constituie data deschiderii procedurii de insolvență. În funcție de data deschiderii procedurii, care întotdeauna este cunoscută cu exactitate și a cărei precizie nu este pusă sub auspiciul vreunei modificări, procedura insolvenței cunoaște două categorii de creanțe împotriva averii debitorului: creanțe născute *anterior* deschiderii procedurii și creanțe născute *ulterior* deschiderii procedurii^[1].

Legiuitorul stabilește regula de bază aplicabilă accesoriilor, în art. 80 alin. (1) și excepția de la regulă, în art. 80 alin. (2).

Potrivit regulii, nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii. Rațiunea impunerii acestei reguli decurge din înseși caracterele procedurii insolvenței, respectiv din caracterul egalitar, concursual și colectiv. Este obligatoriu ca toți creditorii ale căror creanțe sunt anterioare deschiderii procedurii să fie aduși la un numitor comun în vederea suportării aceleiași regim juridic. Nu interesează, în principiu, tipul creanței, perioada scursă de la data scadenței și până la data deschiderii procedurii, calitatea titularului creanței etc. *Dobânzile, penalitățile și majorările*, având caracter convențional, variază de la un creditor la altul. Este posibil de altfel, așa cum s-a arătat în doctrină^[2], ca unii creditori să aibă creanțe nepurtătoare de dobânzi. Lipsa regulii privitoare la interzicerea curgerii accesoriilor creanței ar fi nedreaptă, deoarece unii creditori ar avea beneficii mai mari ca ceilalți.

Însă, în privința creditorilor garantați, în literatura de specialitate^[3] s-a afirmat că accesoriiile creanței sunt justificate, întrucât aceștia, având un drept de preferință constituit asupra unui bun din averea debitorului, sunt și rămân într-un anumit sens, în afară

^[1] A se vedea, în acest sens, Șt. Dumitru, Creanțele garantate în cadrul procedurii insolvenței, în R.R.D.A. nr. 3/2007, p. 38.

^[2] A se vedea, în acest sens, C. Rotaru, Legea falimentului. Doctrină, jurisprudență și legislație, Ed. Cognitum, 2001, p. 59.

^[3] C. Bălescu, Curs de drept comercial, editat de Gheorghe I. Badea, vol. II, 1946, p. 409.

de procedură. Ei au dreptul și vocația de a-și recupera creanța lor în întregime, fără a suferi legea concursului, asupra bunului afectat lor în garanție reală, cu exclusivitate, adică tocmai cu excluderea celorlalți creditori chirografari. Este de altfel ceea ce a reținut legiuitorul prin consacrarea excepției din art. 80 alin. (2), excepție prin care interdicția curgerii accesoriilor creanței, statuată ferm în alin. (1), este detronată acum, prin facilitatea prevăzută, din nou, în favoarea creditorilor garanțați.

Astfel, potrivit art. 103 din Codul insolvenței, creanțele beneficiare ale unei cauze de preferință se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea de piață a garanției stabilite prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, efectuată de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61. Norma legală stabilește astfel că *creanțele garantate se înscriu în tabelul definitiv și/sau în tabelul definitiv consolidat*, după caz, la valoarea corespunzătoare bunului afectat garanției, astfel cum este aceasta apreciată de evaluator, conform Standardelor Internaționale de Evaluare. Legiuitorul impune o limită maximală valorii rezultate prin evaluare, și anume valoarea (cuantumul) stabilită la nivel contractual, și un prag superior, dat de însăși valoarea bunului supus garanției.

Observăm că sunt reglementate în lege condițiile speciale în care se produce suspendarea curgerii dobânzilor pentru creditorii titulari ai unei creanțe beneficiare a unei cauze de preferință. Astfel, la distribuția prețului garanției, creditorul garantat va fi îndreptățit să calculeze accesoriile la creanța garantată până cel mult la data valorificării bunului, cu condiția ca prețul bunului să fie corespunzător mai mare decât valoarea inițial evaluată.

Aceasta înseamnă că, potrivit legii, pentru creditorul garantat accesoriile creanței nu sunt „garantate” decât în măsura în care ele sunt solicitate, dat fiind că acestea nu curg de drept după data deschiderii procedurii, ci numai în măsura în care vor fi cerute de titularul creanței. Mai mult, accesoriile pot fi calculate și sunt datorate numai până la momentul valorificării bunului. Cuantumul total al accesoriilor creanței este determinat în manieră motivată de creditorul garantat, însă administratorul judiciar are obligația de a verifica creanța garantată în ansamblul acesteia, deci și în ceea ce privește accesoriile ei.

În doctrină^[1] s-a arătat că dispozițiile în legătură cu stoparea curgerii dobânzilor sunt aplicabile doar debitorului împotriva căruia s-a deschis procedura insolvenței, și nu vizează codebitorii sau fideiusorii săi, nesupuși, firește, aceleiași proceduri a insolvenței în care este antrenat debitorul și față de care orice accesoriu al creanței se calculează cursiv, în continuare. Pe de altă parte, dobânzile creanțelor garantate pot fi cerute numai asupra sumelor provenind din vânzarea efectivă a bunului afectat garanției, acestea neputând fi imputate asupra masei chirografare, pentru a nu fi prejudiciați creditorii negaranțați.

2.4. Prioritatea creditorilor titulari de creanțe care beneficiază de cauze de preferință la distribuirea sumelor obținute în urma lichidării bunurilor grevate de cauze de preferință

16. Articolul 159 din Codul insolvenței reglementează *ordinea de plată* în situația creanțelor care beneficiază de cauze de preferință, însă nu și ordinea de plată a creanțelor chirografare, care este stabilită prin art. 161 din lege. De asemenea, aceasta este

[1] N. Țăndăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 161-162.

norma legală care întărește dreptul de preferință al creditorului titular al unei garanții reale asupra bunurilor mobile sau imobile din averea debitorului, ce constă în posibilitatea de a fi satisfăcut cu prioritate, în raport cu ceilalți creditori, din suma obținută din vânzarea bunului.

În situația în care bunul care face obiectul garanției nu se mai găsește în averea debitorului și, în pofida exercitării dreptului de urmărire, bunul nu a mai putut fi readus la masa credală (de exemplu, datorită faptului că debitorul a înstrăinat bunul ipotecat, iar posesorul bunului, care l-a dobândit de la debitor, este de bună-credință), atunci suma de bani corespunzătoare creanței garantate și care înlocuiește valoarea bunului ipotecat, stabilite în urma evaluării prin expertiză, va determina participarea creditorului la procedură, dar nu în poziția privilegiată de creditor garantat, ci în situația de creditor chirografar.

Astfel, în practica judiciară, s-a decis că, dacă bunurile asupra cărora s-au constituit garanții, prin contract înregistrat la Arhiva de Garanții Reale Mobiliare, *nu mai există* în patrimoniul debitorului, atunci creanța va fi înscrisă în tabelul preliminar drept creanță chirografară, și nu drept creanță garantată. Astfel, chiar dacă creditorul se prevalează, în scopul justificării creanței sale ca fiind una garantată, de constituirea unor *garanții reale mobiliare*, conform contractului de garanție reală mobilă înscris la Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, dacă bunurile asupra cărora s-au constituit astfel de garanții reale nu mai există în patrimoniul debitoarei, atunci în mod corect creditorul respectiv nu mai poate deține calitatea de garantat, ci numai de creditor chirografar, potrivit raportului întocmit de lichidator, venind la distribuirile de sume de pe rangul de prioritate conferit de această din urmă categorie de creanțe.

Pe de altă parte, clauzele din contractele de garanție mobilă prevăd că, în situația dispariției sau distrugerii bunurilor, creditorul va fi despăgubit din polițele de asigurare. Astfel, susținerile creditorului contestator nu pot fi acceptate, întrucât este evident că în calitatea sa de titular al unui drept de garanție reală era în drept să verifice starea bunurilor afectate garanției aflate în posesia debitoarei, iar în cazul în care ar fi constat lipsa unei întrețineri corespunzătoare a bunului, ar fi putut să considere obligația garantată ca devenită exigibilă și să treacă la executarea silită.

Mai mult decât atât, distrugerea sau degradarea bunului din cauza culpei debitorului ori deprecierea bunului din cauza lipsei întreținerii atrag răspunderea debitorului pentru prejudiciul cauzat, or, în speță creditorul contestator nu și-a exercitat drepturile care se referă la bunurile afectate garanției și, în orice caz, aceasta nu se mai poate îndestula cu prioritate din vânzarea de către lichidator a bunurilor ce fac obiectul garanției, din simplul motiv că acestea nu mai există în averea debitoarei, lichidatorul judiciar întocmind din acest punct de vedere corect tabelul preliminar^[1].

În al doilea rând, sumele obținute prin vânzarea bunului sau bunurilor grevate de garanții reale se vor alocă acoperirii creanțelor creditorilor garantați, cuprinzând tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, precum și cheltuielile.

Vânzarea bunurilor care constituie obiectul unei cauze de preferință determină ivirea a trei situații:

- sumele obținute prin vânzare acoperă în întregime creanțele creditorilor care beneficiază de cauze de preferință;

^[1] Trib. Arad, sent. nr. 97 din 21 ianuarie 2004, în Manual de bune practici în insolvență, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, editat prin Programul Phare 2002 de Ministerul Justiției, martie 2006, p. 401.

- din sumele obținute prin vânzare, urmare a satisfacerii creanțelor creditorilor care beneficiază de cauze de preferință, rămâne un excedent;
- sumele obținute prin vânzare sunt insuficiente chiar pentru satisfacerea creanțelor creditorilor care beneficiază de cauze de preferință.

În ultima ipoteză, care nu este dorită nici de creditorul care beneficiază de cauze de preferință și nici de debitor, partea de creanță a creditorului care beneficiază de cauze de preferință care nu a fost acoperită din sumele obținute prin vânzarea bunului asupra căruia a fost constituită cauza de preferință, va avea regimul juridic al unei creanțe chirografare (care poate fi, la rândul său bugetară sau de altă natură), care va veni la distribuire în concurs cu celelalte creanțe chirografare ale debitorului.

Potrivit art. 159 alin. (3) din Cod, un creditor beneficiar al unei cauze de preferință este îndreptățit să participe la orice distribuire de sumă făcută înaintea vânzării bunului grevat de o cauză de preferință în favoarea sa, sumele primite din acest fel de distribuire urmând a fi scăzute din cele pe care creditorul ar fi îndreptățit să le primească ulterior.

2.5. Prezentarea unor situații particulare în legătură cu creanțele care beneficiază de o cauză de preferință

17. Teoria și practica judiciară constituie un izvor aproape nelimitat în privința diferitelor situații care se pot ivi în derularea unei proceduri de insolvență, ceea ce determină teoreticienii și practicienii dreptului să fie mereu „în gardă”, în vederea rezolvării în mod legal a diversității situațiilor apărute, imposibil de surprins în totalitate în caracterul tehnic și formal al textului normativ.

Pe de altă parte, din cuprinsul Codului insolvenței se desprind norme juridice al căror domeniu de aplicare include și creditorii care beneficiază de o cauză de preferință, care au constituit preocuparea de reglementare a legiuitorului, între tendința firească de protecție a garanției și realizare a dreptului de creanță și rigorile aferente caracterului concursual al procedurii de insolvență.

În continuare, vom încerca să surprindem tocmai astfel de situații particulare, în legătură cu creanțele care beneficiază de o cauză de preferință.

2.5.1. Discuții în legătură cu lipsa calității de creditor care beneficiază de o cauză de preferință

18. În categoria creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință nu sunt incluși decât acei creditori care au garantată creanța lor împotriva averii debitorului cu o garanție reală, mobilă sau imobilă, de tipul celor enumerate în mod limitativ de lege: gaj, ipotecă sau drept de retenție, precum și privilegiu.

În consecință, sunt eliminați din categoria creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință:

- *codebitorii solidari și fideiusorii debitorului* – în măsura în care creditorul a urmărit și și-a îndeștulat creanța numai de la unul dintre codebitori sau, în situația fidejusiunii, fideiusorul care a plătit creanța debitorului, deoarece acesta din urmă nu și-a îndeplinit obligația proprie la scadență, creditorul următor și fideiusorul plătit dobândesc calitatea de creditori chirografari în procedura insolvenței deschisă împotriva debitorului lor;

– *coindivizarii sau coproprietarii bunului aparținând masei active* – pentru ca un bun care aparține, în stare de indiviziune sau de coproprietate, mai multor persoane, să fie inclus în masa activă, inițial și în mod obligatoriu se procedează la sistarea stării de coproprietate/indiviziune, pentru ca, în vederea stabilirii averii debitorului, să se stabilească în mod concret și efectiv partea din bun care revine debitorului supus procedurii insolvenței și, implicit, cota-parte/cotele-părți din dreptul de proprietate. În niciun caz, coindivizarii sau coproprietarii nu pot deveni subiecți ai procedurii, datorită acestei calități și nici creditorii garanți pentru eventualele lor creanțe împotriva debitorului (garanție reală asupra cotei părți din dreptul de proprietate ce aparține debitorului);

– persoanele care au instituit asupra bunurilor din averea debitorului *măsuri asigurătorii* asupra bunurilor existente în patrimoniul debitorului lor, în vederea indisponibilizării și conservării acestora pentru realizarea creanțelor lor la momentul terminării unui proces, nu au calitatea de creditor garantat (nici măcar în dreptul comun, cu atât mai puțin în procedura insolvenței). Este vorba, în esență, de măsurile asigurătorii puse la dispoziția creditorului de bună-credință ca mijloace de natură a indisponibiliza și conserva bunurile care formează obiectul unui proces (sechestrul asigurător, sechestrul judiciar, poprirea asiguratorie). Cum prin măsurile asigurătorii se urmărește asigurarea acțiunii civile, creditorul obținând o garantare a posibilității executării în viitor a hotărârii judecătorești pe care tinde să o obțină în viitor, nu se poate face nicio analogie între acestea și măsurile de executare silită, care beneficiază de o reglementare specială. Specificul măsurilor asigurătorii este dat de caracterul temporar și limitat sub aspectul indisponibilizării bunului până momentul obținerii hotărârii judecătorești, nefiind înzestrate cu vreo prerogativă aparte de legiuitor. Existența lor nu determină vreo ierarhie între creditori, indiferent de modalitatea de executare, chiar în cadrul procedurii insolvenței.

– persoanele chemate să răspundă, în temeiul legii, pentru faptele debitorului^[1], poate fi vorba despre situațiile de *răspundere civilă delictuală* obiectivă sau chiar de situația răspunderii civile delictuale subiective. În niciun caz, ideea de garanție care constituie fundamentul răspunderii civile obiective nu este asimilată obligației de garanție, care conferă creditorilor garanți prerogativele speciale asupra bunurilor afectate garanției lor. De exemplu, nu pot fi creditorii garanți comitenții care au despăgubit pe cel cărui a s-a cauzat un prejudiciu din culpa prepusului lor, dat fiind că a fost obligat la repararea acestuia; la îndemâna comitentului creditor stă regresul împotriva prepusului, dar în calitate de creditor chirografar.

2.5.2. Lipsa calității de proprietar a debitorului asupra unor bunuri

19. În sensul art. 5 pct. 5 al Codului insolvenței, averea debitorului reprezintă totalitatea bunurilor și drepturilor sale patrimoniale, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii insolvenței, care pot face obiectul executării silite, în condițiile reglementate de Codul de procedură civilă.

Cu toate acestea, pot exista anumite bunuri, care sunt în proprietatea altor persoane și în același timp aflate într-o anumită legătură juridică cu debitorul, datorită faptului că asemenea bunuri devin obiect al garanției contractării și executării propriilor obligații ale debitorului. Astfel de bunuri nu pot intra în masa activă a procedurii, deoarece ele

^[1] Pentru o analiză în detaliu a acestor forme de răspundere, a se vedea L. Pop, *Răspunderea civilă*, Ed. Alma Mater Timisiensis Mirlton, Timișoara, 2001, p. 104 și urm.

sunt și rămân în proprietatea persoanelor care au garantat cu ele obligațiile altei persoane, și anume debitorul.

Cum bunurile respective apar ca fiind afectate garantării obligațiilor debitorului, ele vor putea fi supuse procedurii de urmărire silită din dreptul comun^[1], în afara procedurii insolvenței al cărui subiect principal este debitorul și averea sa. Specificul acțiunii pornite de creditori împotriva persoanelor care au garantat obligațiile debitorului cu bunuri din patrimoniul lor propriu sau împotriva persoanelor care au garantat prin cauciune reală executarea obligațiilor de către debitor^[2] este că astfel de acțiuni nu se suspendă *ope legis*, odată cu deschiderea procedurii insolvenței, în temeiul art. 75 din lege, ci judecata, odată pornită, se continuă, iar dacă nu a fost pornită, se poate declanșa. De asemenea, hotărârea judecătorească obținută de creditori poate fi pusă în executare silită, potrivit dreptului comun.

Pentru a clarifica întrutotul astfel de situații, Codul insolvenței a venit cu un element de noutate prin dispozițiile art. 75 alin. (2), arătând astfel că „Nu sunt supuse suspendării de drept prevăzute la alin. (1) (...) acțiunile judiciare îndreptate împotriva codebitorilor și/sau a terților garanți”.

2.5.3. Menținerea calității de creditor garantat, indiferent cine exercită posesia asupra bunului afectat garanției

20. O parte din bunurile debitorului sunt afectate garantării propriilor sale obligații, motiv pentru care ele se află, în fapt și în drept, la dispoziția creditorilor a căror creanță este garantată cu bunul respectiv. Cu excepția dreptului de retenție, toate celelalte garanții reale constituite de către creditori în vederea protejării în mod suplimentar a creanțelor lor, conferă acestora prerogativa urmăririi și pe cea a preferinței.

Astfel, în practica judiciară^[3], s-a decis, cu privire la calitatea de creditor garantat cu garanție reală sub forma *ipotecii*, că aceasta trebuie recunoscută creditorului în favoarea căruia a fost consimțită garanția, ceea ce înseamnă că, pe parcursul procedurii, orice decizie care vizează interesele creditorului garantat se impune a fi luată cu citarea acestuia, pentru a nu-i fi lezat dreptul la apărare.

Constituie o obligație a judecătorului-sindic să dispună notificarea creditorului garantat, administratorul judiciar fiind de asemenea obligat la notificarea sa, inclusiv referitor la radierea ipotecii și a interdicției de înstrăinare. Aceasta deoarece ipoteca notată îi conferă creditorului garantat dreptul de preferință în mâna oricui s-ar afla bunul, iar, prin urmare, judecătorul-sindic împreună cu administratorul judiciar au procedat eronat prin necitarea recurentei în dosarul cauzei și prin nenotificarea sa, în calitate de creditor ipotecar, apreciind că maniera în care s-a procedat a fost caracterizată de un abuz procedural.

Mai mult, judecătorul-sindic a ridicat dreptul de creditor ipotecar al creditorului garantat în cadrul procedurii insolvenței, recurenta apreciind că nu mai este în măsură să își recupereze creanța, întrucât debitorul inițial a fost o altă societate, care a înstrăinat imobilul fără acordul creditorului garantat. Astfel, judecătorul-sindic are obligația,

^[1] În ceea ce privește procedura de executare incidentă în dreptul insolvenței și procedura executării silite de drept comun, a se vedea, *I.D. Voşloban*, Procedura reorganizării judiciare și a falimentului comercianților în corelare cu procedura executării silite de drept comun, în *Phoenix* nr. 6/2003, p. 20-21.

^[2] C.A. Cluj, s. com., dec. nr. 954/2003, în B.J. 2003, p. 379.

^[3] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 278/R din 5 martie 2007, nepublicată.

pentru a putea discuta intabularea dreptului de proprietate al debitoarei falite asupra imobilului și eventuala radiere a ipotecii, să citeze creditorul ipotecar, pentru ca această să-și poată exprima punctul de vedere și să poată, în condiții de contradictorialitate, să-și apere drepturile rezultate din contractul de ipotecă încheiat cu privire la imobilul în litigiu. Cum creditorul garantat avea înscrisă o garanție reală asupra imobilului, este de obligația judecătorului-sindic să dispună citarea creditorului garantat, pentru a-i permite să-și exprime punctul de vedere referitor la radierea ipotecii și a interdicției de înstrăinare.

În situația în care bunul afectat garantării obligației creditorului se află, indiferent de motiv, în stăpânirea de fapt a altei persoane decât creditorul însuși, inclusiv a debitorului, iar garanția creditorului este legal constituită, acesta nu își pierde calitatea de creditor garantat în cadrul procedurii.

În orice condiții, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar este ținut să procedeze la valorificarea bunurilor din averea debitorului în cadrul procedurii insolvenței, astfel încât apreciem că, în principiu, toți creditorii garantați au obligația de a aduce în cadrul procedurii insolvenței valoarea totală a creanței și bunul afectat garantării acestei creanțe, chiar dacă ulterior, satisfacerea creanțelor se va realiza potrivit regulilor legale. În consecință, în pofida acestei operațiuni de predare a bunurilor afectate garantării obligațiilor în grija practicianului în insolvență, calitatea de creditor garantat se menține.

2.5.4. Termenele de prescripție la care sunt supuse creanțele care beneficiază de o cauză de preferință

21. Ca regulă generală, stabilită de art. 79 din Codul insolvenței, deschiderea procedurii suspendă orice termene de prescripție a acțiunilor prevăzute la art. 75, respectiv asistăm la suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale de la data deschiderii procedurii.

Cum instituția juridică a suspendării presupune ca termenul de prescripție pentru realizarea unei creanțe să fi început să curgă anterior datei deschiderii procedurii, înseamnă că și termenul de prescripție conferit de legiuitor în vederea valorificării creanței de către creditor se suspendă de drept de la data deschiderii procedurii.

Atunci când însă creditorul care beneficiază de o cauză de preferință uzează de prevederile legale instituite ca măsuri de privilegiere a situației categoriei creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință, în sensul că solicită judecătorului-sindic ridicarea suspendării în temeiul art. 78 din lege, se ridică întrebarea dacă asistăm la reluarea cursului prescripției la data când creditorul formulează cererea de ridicare a suspendării sau dacă prescripția își reia cursul numai în situația în care judecătorul-sindic admite cererea de ridicare a suspendării, deci la data admiterii cererii.

Cererea de ridicare a suspendării posibil de formulat numai de către creditorul care beneficiază de o cauză de preferință are natură juridică a unui *incident procedural*, capabil să schimbe cursul prescripției. Prin voința sa, creditorul care beneficiază de o cauză de preferință introduce cererea de ridicare a suspendării, conștient de consecințele juridice care se produc.

Cu toate acestea, dat fiind caracterul imperativ al art. 79, precum și regimul privilegiat, de favoare, prevăzut de legiuitor prin art. 78, la care creditorul care beneficiază de o cauză de preferință este liber să apeleze iar, pe de altă parte, condițiile pe care

judcătorul-sindic este ținut să le respecte în încuviințarea unei astfel de cereri precum și, nu în ultimul rând, date fiind consecințele încuviințării și valorificării creanței garantate în această modalitate, respectiv de calificarea ca și creanță chirografară a părții de creanță neacoperită prin lichidarea bunului afectat garanției, apreciem că și acele creanțe care beneficiază de o cauză de preferință se supun, în ceea ce privește curgerea termenului de prescripție, regulii generale prevăzută de art. 79 din Codul insolvenței. Deci, prescripția își reia cursul numai în situația în care judecătorul-sindic admite cererea de ridicare a suspendării, deci la data admiterii cererii.

Astfel, de la data deschiderii procedurii, se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului sau bunurilor sale, fără nicio deosebire după cum sunt sau nu însoțite de garanții sau privilegii, și indiferent că ne raportăm la termenul de prescripție a dreptului la acțiune sau la termenul de prescripție a dreptului de a cere executarea silită.

2.5.5. *Discuții privind bunurile din patrimoniul personal al fideiusorului*

22. Existența unui fideiusor care a garantat executarea unei obligații de către debitor cu bunuri din averea sa personală este de natură a ridica șansa de recuperare a creditorului, în situația în care creditorul debitorului a pornit urmărirea împotriva sa, acceptând să participe și în calitate de creditor la procedura insolvenței deschisă față de debitor, dar nerezumându-se la aceasta. Astfel, atunci când o persoană, în calitate de fideiusor, încheie un contract de garanție cu un creditor al debitorului, în vederea garantării executării propriilor obligații ale debitorului, obține potențiala calitate de *creditor chirografar* în procedura insolvenței deschisă față de debitor ca efect al subrogației, în ipoteza în care plătește creditorul.

Fideiusorul nu are calitatea de creditor garantat, dat fiind că, în accepțiunea legii, sunt astfel de creditori doar cei a căror creanță este garantată cu o garanție reală sau privilegiu în privința averii debitorului, deci nu de o garanție personală. În calitate de fideiusor, persoana garantă cu unul sau mai multe bunuri din patrimoniul său, grație contractului de garanție reală încheiat cu creditorul debitorului, are posibilitatea de a invoca *beneficiul de discuțiune* față de creditor în cazul în care acesta urmărește realizarea creanței garantate în cadrul unui proces pornit împotriva fideiusorului și sunt îndeplinite condițiile invocării acestui beneficiu (conform art. 2294-2295 NCC). Încuviințarea de către judecător a beneficiului de discuțiune îl determină pe creditor să urmărească creanța doar în cadrul procedurii insolvenței, față de debitor, ca și creditor chirografar, caz în care procesul dintre creditor și fideiusor va fi suspendat. Închiderea procedurii insolvenței este cea care va stabili necesitatea repunerii pe rol a acestui proces.

Cu toate acestea, în mod preventiv, fideiusorul are interes în situația în care a plătit cel puțin o parte a datoriei debitorului, de a se înscrie la masa credală, pentru ceea ce a plătit și pentru a-și asigura astfel regresul împotriva averii debitorului. Iar în situația în care nu a plătit defel creditorului, apreciem că nu deține încă o creanță cu care să-și asigure regresul împotriva debitorului, prin înscrierea creanței sale în tabelul de creanțe. Declarația de creanță a fideiusorului nu întrunește condițiile legii pentru a fi admisă în tabelul de creanțe de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar desemnat. Apreciam că nu poate fi vorba de o creanță sub condiție suspensivă deținută de

fideiutor, în ipoteza în care, dacă ar fi executat de către creditor, să se poată întoarce împotriva debitorului pentru care a garantat^[1].

Numai în situația în care fideiutorul a plătit creanța creditorului, în temeiul contractului de garanție pe care l-a încheiat cu creditorul, fie ca urmare a decăderii din dreptul de invoca beneficiul de discuțiune, fie din orice alt motiv, va avea împotriva averii debitorului o creanță certă, lichidă și exigibilă, în calitate de creditor chirografar (eventuala garanție reală pe care a constituit-o asupra bunurilor din patrimoniul său propriu nu se va transfera, cu același regim juridic, în cadrul procedurii insolvenței deschisă împotriva debitorului pe care l-a garantat). În acest din urmă caz, fideiutorul ia locul creditorului plătit în procedura insolvenței.

Mai dificilă este situația în care fideiutorul, prin plată sau executare silită, după caz, preia prin subrogație poziția creditorului debitorului insolvent. Numai că este vorba despre o plată sau o îndeustulare a creanței *parțială*, creditorul următor deținând, în continuare, cauze de preferință în privința averii debitorului, raportat la partea de creanță rămasă. În această situație, subrogația fideiutorului nu se face în privința garanțiilor creanței rămase, pentru că acestea asigură, în continuare, îndeustularea creanței deținută de creditor. Acest caz este reglementat prin dispozițiile art. 109 alin. (3) din Codul insolvenței: „Codebitorul sau fideiutorul debitorului, care pentru asigurarea regresului său are asupra bunurilor acestuia o cauză de preferință, concură la masa credală, pentru a face posibilă realizarea acestui drept, dar prețul obținut din vânzarea bunurilor grevate va fi atribuit creditorului, scăzându-se din suma ce este datorată”.

2.5.6. Precizări privind situația creanțelor care beneficiază de o cauză de preferință parțial

23. Întocmirea și înregistrarea tabelului preliminar de creanțe este în atribuția administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, operațiune reglementată de art. 110 din Codul insolvenței. Operațiunea de admitere a creanțelor, efectuată de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, în procedura de verificare a creanțelor poartă denumirea de *acceptare* a creanțelor. Pentru ca o creanță care beneficiază de o cauză de preferință să fie acceptată și, deci, înscrisă în tabelul preliminar de creanțe este necesar să îndeplinească toate condițiile de valabilitate privind actul juridic civil, inclusiv în privința dreptului de preferință. În prima categorie se vor analiza condițiile prevăzute de Codul civil referitoare la capacitatea părților, consimțământul, obiectul și cauza actului juridic.

În privința cauzelor de preferință, se vor avea în considerare particularitățile care se impun a fi respectate pentru constituirea valabilă a fiecăreia în parte, deoarece sunt cărmuite de legea în vigoare la data constituirii, inclusiv în ceea ce privește îndeplinirea condițiilor privitoare la opozabilitatea garanțiilor, cu incidență în materia ordinii de prioritate și a măsurilor de publicitate specifice garanțiilor.

Potrivit art. 110 alin. (4) din Cod, odată cu publicarea tabelului în BPI, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va trimite de îndată notificări creditorilor, ale căror creanțe sau drepturi de preferință au fost trecute parțial în tabelul preliminar de creanțe sau înlăturate, precizând totodată și motivele.

Indiferent că sunt înlăturate parțial sau înlăturate în totalitate, atât creanța sau drepturile de preferință, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar este obligat să-și *motiveze* decizia în scris și să o aducă la cunoștința titularului depunător prin notificarea

[1] Pentru opinia contrară, a se vedea Șt. Dumitru, art. cit., p. 40.

prevăzută de art. 110 alin. (4). Astfel, *administratorul judiciar/lichidatorul judiciar* este singurul organ din cadrul procedurii insolvenței care are puterea dată de lege de a decide asupra creanței și a drepturilor de preferință ce o însoțesc, până în momentul întocmirii tabelului preliminar de creanțe, care nu este supus aprobării judecătorului-sindic. În consecință, decizia acestui organ al procedurii are plenitudine de competență la acest moment, urmând a fi suspendată, ulterior, și dacă este contestată, filtrului de control al judecătorului-sindic. Însă, la momentul întocmirii tabelului preliminar și al primirii motivației respingerii, este foarte important pentru creditor să manifeste diligența necesară în (re)aprecierea creanței sale și a drepturilor de preferință.

Bineînțeles, consecința celor afirmate anterior nu este în sensul că fiecare creditor care a primit notificare din partea administratorului judiciar/lichidatorului judiciar este obligat să exercite calea de atac conferită de lege împotriva deciziei de respingere, ci numai în măsura în care se consideră nedreptățit. Pe cale de consecință, dacă creditorul nu este de acord cu decizia de respingere dată în privința creanței sau a drepturilor de preferință invocate, el are posibilitatea de a depune contestație, potrivit art. 111 din Codul insolvenței.

Judecătorul-sindic este obligat să soluționeze toate contestațiile formulate de creditorii ale căror creanțe sau drepturi de preferință au fost trecute parțial în tabelul preliminar și de cei ale căror creanțe și drepturi de preferință au fost înlăturate de la masa credală, iar soluționarea acestora determină definitivarea tabelului de creanțe. Atunci când pentru soluționarea unei contestații este necesară administrarea de probe, întârziind astfel desfășurarea procedurii, soluția judecătorului-sindic, încurajată de Codul insolvenței și prin instituirea unei limitări a perioadei de observație la 1 an, va fi aceea de admitere provizorie a creanței și a dreptului de preferință pretins. Dacă se admite creanța fără dreptul de preferință pretins, aceasta va participa la repartițiile sumelor obținute din valorificarea bunurilor negrevate de garanții, iar din sumele care s-ar obține din valorificarea bunurilor supuse dreptului de preferință contestat se va consemna partea ce s-ar cuveni acelei creanțe.

§3. Creanțele bugetare

3.1. Despre titularul creanței bugetare

24. Creditorul bugetar a cărui *creanță fiscală* este individualizată prin una dintre modalitățile prevăzute de Codul de procedură fiscală este unul din creditorii prevăzuți de art. 5 din Codul insolvenței. Potrivit art. 5 pct. 14 din cod, creanțele bugetare reprezintă creanțele constând în impozite, taxe, contribuții, amenzi și alte venituri bugetare, precum și accesoriile acestora. Își păstrează această natură și creanțele bugetare care nu sunt acoperite în totalitate de valoarea privilegiilor, ipotecilor sau a gajurilor deținute, pentru partea de creanță neacoperită.

În opinia noastră, în ceea ce privește incidența creanțelor bugetare în procedura insolvenței^[1], apreciem că creanțele bugetare reprezintă *genul proxim*, iar creanțele fiscale au o sferă mai restrânsă, ele incluzând în principal impozite și taxe. Creanțele bugetare (ale statului) sunt alimentate de venituri fiscale și venituri nefiscale, iar categoria

^[1] A se vedea *D.D. Moțiu*, Creanțele bugetare în procedura insolvenței (I), în R.D.C. nr. 12/2007, p. 56-75.

veniturilor fiscale este cea care se supune normelor juridice reglementate de Codul fiscal și Codul de procedură fiscală.

Creditorul bugetar poate aparține în același timp categoriei creditorilor îndreptățiți să solicite deschiderea procedurii, în sensul art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței, atunci când creanța sa împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile.

Prin urmare, este necesară îndeplinirea următoarelor condiții: titularul să aibă o creanță împotriva patrimoniului debitorului; creanța să îndeplinească cerințele de a fi certă, lichidă și exigibilă (de mai mult de 60 zile); manifestarea de voință a titularului creanței, în sensul formulării efective a cererii introductive de deschidere a procedurii.

Din acest punct de vedere, prin raportare la cuantumul valoric al creanței bugetare, creditorul bugetar poate fi ori un creditor îndreptătit să solicite deschiderea procedurii, potrivit art. 5 pct. 20 din lege, ori un creditor îndreptătit să participe la procedura insolvenței, conform art. 5 pct. 19 din lege.

3.2. Cerințele pe care trebuie să le îndeplinească creanța bugetară

25. În ceea ce privește cerințele pe care trebuie să le îndeplinească creanța aparținând creditorului bugetar, în funcție de opțiunea acestuia, în sensul de a fi creditorul îndreptătit să solicite deschiderea procedurii sau numai un creditor îndreptătit să participe la procedura insolvenței, aceste cerințe sunt următoarele (cu particularitatea că pentru a participa la procedură, creanța creditorului bugetar nu trebuie să îndeplinească ultima din cerințele precizate mai jos):

- caracter bugetar al creanței, respectiv să poarte asupra impozitelor, taxelor, contribuțiilor sau altor venituri, chiar nefiscale, datorate bugetului local sau central, constatat prin unul dintre modurile de individualizare ale creanțelor fiscale precizate în art. 83 C. proc. fisc., dar și în cuprinsul altor dispoziții legale, respectivul titlu de creanță fiscală având întotdeauna, prin efectul legii, valoare de titlu executoriu;

- caracter cert, lichid și exigibil, exigibilitatea fiind raportată la termenul de 60 de zile de la data scadenței;

- cuantumul creanței să atingă valoarea-prag de 40.000 lei sau, când sunt mai multe creanțe, suma acestora să atingă aceeași valoare-prag de 40.000 lei.

Creditorul bugetar a cărui creanță este anterioară datei deschiderii procedurii insolvenței este obligat să depună cerere de admitere a creanțelor în termenul fixat în sentința de deschidere a procedurii, în temeiul art. 102 alin. (1) din Codul insolvenței. Conținutul cererii de admitere a creanței creditorului bugetar trebuie să cuprindă: numele/denumirea creditorului, domiciliul/sediul, suma datorată, temeiul creanței, precum și mențiuni cu privire la eventualele drepturi de preferință sau garanții, cererea fiind însoțită de documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de garanții, dacă este cazul.

Creditorul bugetar își justifică această calitate, pentru a putea participa la procedura insolvenței, doar prin existența titlului de creanță fiscală împotriva averii debitorului. El nu ar putea avea o creanță fiscală care să fie constatată doar printr-un înscris în sens de *instrumentum probationis*, la care ulterior să fie obligat să dovedească caracterul cert și lichid al creanței. Cum creanțele bugetare sunt, prin definiție, exprimabile în bani, nașterea lor fiind consecința simplei curgeri a timpului sau a utilizării unui serviciu public, organul fiscal va fi îndreptățit la emiterea actului scris prin care individualizează

impozitele, taxele, contribuțiile etc. datorate de către debitorul fiscal corespunzător modelului în care ia ființă fiecare creanța fiscală în parte.

Problematica probatoriului în cazul creanței bugetare este rezolvată, de regulă, potrivit regulilor și mijloacelor de probă stabilite de Codul de procedură fiscală (fie de către organele care administrează creanțe fiscale, fie de instituțiile publice în cazul creanțelor bugetare provenite din venituri proprii sau rezultate din raporturi juridice contractuale) sau în temeiul regulilor și a mijloacelor de probă potrivit dreptului comun, când existența și întinderea creanței fiscale va fi decisă prin hotărâre judecătorească definitivă.

În practica judiciară^[1], s-a decis că această calitate de creditor bugetar se dobândește în momentul în care creditorul îndeplinește condițiile prevăzute de legea insolvenței, respectiv că a solicitat înscrierea creanței, că a dovedit-o cu orice mijloc de probă admis de lege și că aceasta are caracter bugetar. Creditorul este obligat să solicite înscrierea în tabelul creditorilor, să dovedească existența și cuantumul creanței (care, de altfel, nu a fost contestat, atâta timp cât debitoarea a fost o societate comercială ale cărei acțiuni sunt admise la tranzacționare, pe o piață reglementată) și astfel, după înregistrarea la Comisie, în raport de capitalul social, datorează conform legii taxe de menținere a valorilor mobiliare în schimbul serviciului prestat. Aceste taxe au caracter bugetar și trebuie achitate anual, în caz contrar, datorându-se majorări de întârziere. În condițiile în care nici debitoarea prin lichidator, și nici judecătorul-sindic care a soluționat în fond contestația creditorului, nu au adus niciun argument legal pentru neplata tarifului de menținere a valorilor mobiliare sau de scutire de la plată, iar afirmația judecătorului-sindic din sentință, potrivit căreia Comisia trebuia să prezinte dovada neplății acestei taxe este eronată, contrară principiilor care guvernează sarcina probei într-un proces civil, recursul creditorului bugetar a fost admis.

Creanța creditorului bugetar ar putea să nu fie scadentă la data deschiderii procedurii, dar creditorul bugetar este obligat să depună cerere de admitere la masa credală a creanței sale *neexigibile*. În aceste condiții, potrivit art. 102 alin. (4) din Codul insolvenței, creanța nescadentă va fi admisă la masa credală, fiind îndreptățită să participe la distribuirea de sume în măsura în care scadența termenului se va împlini până la distribuirea, în concret, a sumelor de bani.

În măsura în care creanța bugetară este însoțită de garanții, în condițiile și în cazurile prevăzute de Codul de procedură fiscală, creditorul bugetar este obligat să anexeze cererii de admitere a creanței documentele justificative în acest sens.

Atribuția administratorului judiciar/lichidatorului judiciar de verificare a creanțelor înscrise la masa credală reclamă anumite discuții și analize în privința creanțelor bugetare. Astfel, pentru a clarifica aspectele divergente din practica judiciară de sub imperiul Legii nr. 85/2006 în legătură cu calificarea drept creanțe *anterioare* deschiderii procedurii sau creanțe *curente* a creanțelor bugetare constatate prin controale efectuate de organele fiscale după deschiderea procedurii, art. 102 alin. (1) din Codul insolvenței prevede că sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară deschiderii procedurii insolvenței debitorului. De asemenea, cu caracter de normă de favoare, legiuitorul a prevăzut un termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, în care organele de inspecție fiscală

^[1] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 397 din 24 aprilie 2008, nepublicată.

vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală.

Având în vedere acest aspect, creditorii bugetari vor înregistra cererea de admitere a creanței în termenul prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b) din lege, urmând ca, în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să înregistreze un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale, dacă este cazul.

Pe de altă parte, dacă art. 105 alin. (1) din Codul insolvenței stabilește în mod expres și fără echivoc regula potrivit căreia procedura de verificare acoperă toate creanțele înscrise la masa credală, în schimb în privința creanțelor bugetare s-a prevăzut o excepție la alin. (2), nefiind supuse astfel verificării de către practicianul în insolvență creanțele bugetare care rezultă dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale.

În practica judiciară^[1], sub imperiul vechii reglementări, care însă își păstrează actualitatea și în prezent, s-a stabilit că nu vor fi supuse verificării creanțele izvorâte din impozite, taxe, amenzi penale sau contravenționale, datorate bugetului de stat sau celui local și care sunt supuse legilor speciale. În consecință, creanța creditorului bugetar trebuia trecută în tabelul de creanțe cu suma solicitată, așa cum a fost calculată de organele fiscale de specialitate, aceasta putând fi contestată de către debitoare și verificată numai potrivit legislației speciale din acest domeniu. Instanța a constatat că creditorul bugetar trebuia să fie trecut în tabelul de creanțe cu suma solicitată, așa cum a fost calculată de organele fiscale, aceasta putând fi contestată, de debitoare sau lichidator, numai potrivit legilor specifice din acest domeniu, și nu în cadrul procedurii, așa cum greșit s-a procedat, verificarea ei fiind inadmisibilă, față de dispozițiile legale menționate mai sus.

O altă observație ar privi prezumția de valabilitate și corectitudine instituită de legiuitor prin art. 102 alin. (9) din lege pentru creanțele a căror admitere se cere la masa credală de către titularii lor. Aprecierea noastră este în sensul că, pentru a avea calitate procesuală activă în vederea depunerii unei contestații a unei creanțe, și deci pentru a-i putea fi admisă contestația de către judecătorul-sindic, ca și condiție preliminară, creditorul este obligat să-și justifice interesul în promovarea unei asemenea contestații. Ori, creanțele bugetare au fost admise la masa credală în baza titlului de creanță fiscală, care este titlu executoriu, și în plus, nu mai poate fi modificat, deoarece termenele prevăzute în legile speciale care le reglementează s-au împlinit înainte de a fi admisă creanța bugetară la masa credală.

Într-o altă speță^[2], s-a decis că dacă creditorul bugetar este cel care solicită deschiderea procedurii insolvenței, iar instanța de fond admite cererea acestuia, ulterior, prin declarația de creanță depusă, acesta trebuie să fie înscris în tabelul de creanțe, deoarece are la bază două titluri executorii, respectiv contractul de concesiune și hotărârea judecătorească de deschidere a procedurii insolvenței, fără a mai fi supusă verificării din partea administratorului judiciar. În motivarea sentinței de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic a arătat că, față de obiecțiile debitoare la creanța creditorului bugetar, aceasta va fi analizată și verificată de administratorul judiciar, însă prin faptul că a admis cererea creștitoare, a constatat caracterul cert, lichid și exigibil al creanței acesteia și a respins contestația debitoare, astfel încât judecătorul-sindic s-a pronunțat asupra acestei creanțe, iar administratorul judiciar nu mai avea dreptul să o verifice și să o înlăture

^[1] C.A. București, s. a V-a com., dec. civ. nr. 1432 din 13 noiembrie 2002, în Manual de bune practici (...), p. 421.

^[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 479/R din 23 aprilie 2007, nepublicată.

din tabelul de creanțe ulterior. Creanța creditorului bugetar trebuia înregistrată în tabelul de creanțe, fără a mai fi supusă verificării de către administratorul judiciar, întrucât ea a fost analizată de judecătorul-sindic la data deschiderii procedurii prevăzute de lege față de debitoare.

Avantajul nesupunerii procedurii de verificare din partea administratorului judiciar stabilit de legiutor pentru creanțele bugetare născute înaintea deschiderii procedurii dispare în cazul creanțelor bugetare născute *ulterior* deschiderii procedurii insolvenței. Astfel, indiferent dacă este vorba de intrarea în faliment din procedura generală sau intrarea în faliment prin procedura simplificată, lichidatorul judiciar va realiza operațiunea de verificare a *tuturor* creanțelor, inclusiv a celor bugetare, născute după data deschiderii procedurii^[1], în vederea stabilirii legitimității, valorii exacte și priorității fiecărei creanțe.

Mai precizăm că, odată deschisă procedura insolvenței față de un debitor care are mai mulți creditori, printre care și creditori bugetari, chiar dacă aceștia din urmă au procedat deja la declanșarea procedurii de executare silită față de debitorul fiscal potrivit dispozițiilor Codului de procedură fiscală, aceasta se va suspenda în mod obligatoriu prin deschiderea procedurii insolvenței. În concursul procedurilor la care poate fi supus debitorul care nu își îndeplinește obligațiile sale față de creditori, respectiv procedura insolvenței, procedura de executare silită desfășurată potrivit normelor Codului de procedură fiscală și procedura de executare silită desfășurată conform dispozițiilor Codului de procedură civilă, are câștig de cauză prima. Iar în concursul dintre ultimele două precizate, va avea câștig de cauză tot prima. În consecință, reiese cu evidență că procedura de executare silită desfășurată potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă constituie dreptul comun în materie, găsindu-și aplicabilitatea ori de câte ori nu sunt prevăzute norme cu caracter special în cadrul celorlalte două proceduri execuționale.

În concluzie, procedura insolvenței se înfățișează ca o procedură specială, cu caracter derogatoriu, aplicabilă în situațiile și în condițiile expres prevăzute de Codul insolvenței.

3.3. Despre creanțele bugetare beneficiare ale unei cauze de preferință participante la procedura insolvenței

26. Numai în măsura în care creditorul bugetar beneficiază de una dintre cauzele de preferință prevăzute de Codul de procedură fiscală va putea fi vorba de existența unei creanțe bugetare garantate în cadrul procedurii insolvenței.

Pentru ca o creanță a creditorului să fie înscrisă de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar în tabelul de creanțe cu o dublă calificare, adică atât bugetară, cât și având o cauză de preferință, este necesar ca creanța creditorului bugetar, la data deschiderii procedurii insolvenței, să aibă în același timp și calitatea de garantată, potrivit dispozițiilor Codului de procedură fiscală. În caz contrar, creditorul bugetar va participa la procedura insolvenței doar cu o creanță bugetară, care are rangul de prioritate stabilit de art. 161 pct. 5 din Codul insolvenței, participând la distribuirile de sume realizate potrivit acestui text de lege.

^[1] Potrivit art. 146 alin. (3) din Legea nr. 85/2014, vor fi supuse verificării toate creanțele asupra averii debitorului, inclusiv cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii sau, după caz, al căror cuantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților făcute după deschiderea procedurii, iar potrivit art. 147 alin. (3), vor fi supuse verificării toate creanțele asupra averii debitorului, inclusiv cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii.

În schimb, dacă creanța creditorului bugetar este în același timp și garantată, va participa la distribuiri de sume realizate potrivit art. 159 din Codul insolvenței, iar pentru eventualul rest de creanță rămas neacoperit, creditorul bugetar va participa la distribuiri de sume realizate potrivit art. 161, având rangul de prioritate prevăzut de art. 161 pct. 5 din cod.

3.4. Calitatea în care participă titularii creanțelor bugetare în procedura insolvenței

27. *Creditorul bugetar*, în măsura în care decide să participe la procedura insolvenței, indiferent dacă formulează sau nu cerere de deschidere a procedurii, face parte de drept din adunarea creditorilor, dacă creanța sa a fost admisă la masa credală. În această calitate, va beneficia de toate drepturile prevăzute în favoarea oricărui creditor și va fi ținut de îndeplinirea tuturor obligațiilor stabilite în sarcina oricărui creditor prin dispozițiile art. 47-49 din Codul insolvenței. Art. 48 alin. (3) din Codul insolvenței reglementează posibilitatea participării creditorilor bugetari prin reprezentare la ședințele adunării creditorilor, astfel încât interesele lor urmează să fie susținute de un salariat al organului fiscal, cu delegație semnată de conducătorul unității.

În același timp, prin raportare la cuantumul valoric al creanței fiscale, creditorul bugetar cu creanța cea mai mare din această categorie este îndreptățit să facă parte din comitetul creditorilor desemnat provizoriu de judecătorul-sindic, ulterior întocmirii tabelului preliminar de creanțe, în conformitate cu art. 50 alin. (1) din Codul insolvenței, în măsura în care va fi aprobat în această calitate de adunarea creditorilor, cu respectarea criteriilor prevăzute la art. 50 alin. (4).

3.5. Discuții în legătură cu majorările de întârziere

28. Regula și excepția de la regulă sunt prevăzute de art. 80 alin. (1) și (2) din Codul insolvenței. Dacă nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, în schimb creanțele beneficiare ale unei cauze de preferință beneficiază de un tratament favorizant, în sensul că ele se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea de piață a garanției stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, efectuată de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61.

În cazul în care valorificarea activelor asupra cărora poartă cauza de preferință se va face la un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv sau în tabelul definitiv consolidat, diferența favorabilă va reveni tot creditorului garantat, chiar dacă o parte din creanța sa fusese înscrisă drept creanță chirografară, până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor ce se vor calcula conform actelor din care rezultă creanța, până la data valorificării bunului. Această prevedere se aplică și în cazul eșuării planului de reorganizare și vânzării bunului în procedura de faliment^[1].

Pentru a beneficia de curgerea oricăror accesorii, creanța creditorului bugetar este necesar să fie și *beneficiară a unei cauze de preferință*, în sensul art. 5 pct. 15 din Codul insolvenței. În consecință, dacă creanța creditorului bugetar nu este și beneficiară a unei

^[1] În ceea ce privește practica Înaltei Curți de Casație și Justiție, reliefată în soluții de spețe vizând problematica majorărilor de întârziere, a se vedea, *A.I. Șarcan*, Impactul art. 37 din Legea nr. 64/1995 asupra creanțelor bugetare, în Phoenix nr. 9/2004, p. 16-18.

cauze de preferință, de la data deschiderii procedurii insolvenței, calculul majorărilor de întârziere ar trebui să fie oprit, chiar dacă este vorba de un creditor bugetar.

În practica judiciară^[1], în acest sens, au fost respinse recursurile declarate de creditorii bugetari care au solicitat, prin contestație, înscrierea creanțelor lor în tabelul suplimentar întocmit de lichidator a unor sume ce reprezintă penalități de întârziere și cheltuieli de judecată ce nu puteau fi prevăzute la data depunerii declarației, deoarece aprecierea instanței în privința momentului depunerii declarației se raportează la data deschiderii procedurii, având drept efect neînscrierea acestor sume pe tabelul suplimentar de creanțe.

De asemenea, s-a decis în practica judiciară^[2], în privința creanței creditorului fiscal constând în dobânzi și penalități de întârziere la debitul inițial, calculate după deschiderea procedurii și până la data intrării debitoare în faliment, că aceasta nu poate fi înscrisă în tabelul suplimentar de creanțe, motivat de împrejurarea că legea nu permite adăugarea accesoriilor calculate după data deschiderii procedurii.

De altfel, potrivit art. 122¹ C. proc. fisc., în cazul contribuabililor cărora li s-a deschis procedura insolvenței, pentru creanțele fiscale născute anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței se datorează dobânzi și penalități de întârziere potrivit legii care reglementează această procedură, adică în prezent potrivit art. 80 și 103 din Codul insolvenței.

3.6. Discuții în legătură cu creanțele bugetare pentru care s-a instituit sechestru

29. Codul de procedură fiscală prevede anumite facilități pentru creanțele bugetare, în sensul că asimilează astfel de creanțe, dacă beneficiază de un sechestru instituit asupra bunurilor mobile sau imobile ale debitorului, creanțelor garantate cu gaj, respectiv ipotecă legală^[3].

Fiind asimilați creditorilor garantați, creanțele creditorilor fiscali vor fi supuse aceluiași regim juridic în privința creditorilor beneficiind de cauze de preferință, inclusiv participarea la distribuirile de sume ce se vor efectua potrivit art. 159 din Codul insolvenței.

În situația în care, urmare a valorificării bunurilor garantate cu gaj sau ipotecă legală, creanțele creditorilor nu vor fi satisfăcute în întregime, ulterior achitării cheltuielilor efectuate cu vânzarea bunurilor afectate acestor garanții, eventuala parte neacoperită va avea regimul juridic al unei creanțe bugetare.

În același timp însă, pentru a rezolva o problemă care a dat naștere la interpretări diferite în practica judiciară și pentru a elimina o practică abuzivă a organelor fiscale care prin simpla înscriere a creanței fiscale în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare considerau că această creanță bugetară devenea una garantată, prin art. 5 pct. 22 din Codul insolvenței s-a prevăzut în mod expres că simpla înscriere în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare a unei creanțe nu determină transformarea acesteia în creanță care beneficiază de o cauză de preferință.

[1] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 364/R din 26 martie 2007, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 26 din 9 ianuarie 2007, nepublicată.

[3] A se vedea art. 151 alin. (8) și, respectiv, art. 154 alin. (6) C. proc. fisc.

§4. Creanțele salariale

4.1. Semnificația expresiei *creanțe salariale* în Codul insolvenței

30. Potrivit art. 5 pct 18 din Codul insolvenței, *creanțe salariale* sunt creanțele ce izvorăsc din raporturi de muncă și raporturi asimilate între debitor și angajații acestuia. Vom include deci în categoria creanțelor salariale nu numai salariile neplătite de angajator salariaților, ci și orice alte creanțe cu conținut pecuniar născute din raportul juridic de muncă și raporturi asimilate, ca de exemplu drepturile bănești cuvenite salariatului în temeiul dreptului de autor sau de inventator, pentru operele create, programe de calculator, opere fotografice, drepturi de proprietate industrială etc., cu excepția contribuțiilor sociale obligatorii care intră în categoria creanțelor bugetare.

Supunerea acestor drepturi bănești aceluiași regim juridic cu cel stabilit de legiuitor pentru creanțele salariale se impune cu necesitate, fiind vorba tot de obligații cu conținut pecuniar^[1].

Pentru situațiile reglementate de Legea nr. 8/1996 privind dreptul de autor și drepturile conexe, drepturile patrimoniale pentru operele create de salariat în cadrul unui contract individual de muncă aparțin autorului (salariațului) respectiv. Numai în ipoteza în care părțile contractului individual de muncă, respectiv angajatorul și salariatul, ar stipula în mod expres, printr-o clauză contractuală contrară, aceste drepturi patrimoniale corespunzătoare operelor create de salariat ar reveni angajatorului, prin intermediul unui contract de cesiune a drepturilor patrimoniale. Cesiunea drepturilor patrimoniale în favoarea angajatorului încetează de a mai fi gratuită la expirarea termenului prevăzut de părți în cadrul contractului de cesiune, iar în lipsa termenului, la expirarea termenului general de prescripție de 3 ani.

Pentru situațiile reglementate de Legea nr. 64/1991 privind brevetele de invenție, dreptul la brevetul de invenție avându-l ca inventator pe salariat aparține fie unității – pentru invențiile realizate în executarea contractului individual de muncă ce stabilește expres în sarcina salariatului îndeplinirea unei misiuni inventive, corespunzător felului muncii pe care o exercită, salariatul beneficiind de o remunerație suplimentară stabilită prin contract (având regimul juridic al unei indemnizații), fie salariatului, pentru invențiile pe care le realizează în executarea contractului individual de muncă (în condițiile în care nu are stabilită prin contract o misiune inventivă și nu beneficiază de aceea remunerație suplimentară sau în condițiile în care apelează pur și simplu la ajutorul material pus la dispoziția sa de angajator, cu tot ceea ce înseamnă locul muncii). În acest din urmă caz, salariatul poate ceda cu titlu oneros exploatarea invenției sale de către angajator, acesta din urmă având un drept de preferință la încheierea cesiunii, ce trebuie exercitat într-un termen de 3 luni (ca natură juridică este un termen de decădere) de la oferta salariatului inventator. Cesiunea se poate realiza sub forma unui act adițional la contractul individual de muncă sau sub forma unui contract civil de sine stătător.

Prin urmare, sfera creanțelor salariale care au ca izvor raportul juridic de muncă încheiat între angajator și salariat este mai largă, nereducându-se numai la salariile neplătite, ci putând acoperi și alte drepturi cu conținut patrimonial neplătite de către angajator și care izvorăsc din raportul juridic de muncă.

^[1] A se vedea, I.T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, ed. a II-a, București, 2012, p. 337-338.

4.2. Dovada creanțelor salariale. Titlul de creanță constatator

31. Statele de plată a salariilor, a drepturilor bănești de autor, de inventator etc. sunt în mod implicit titluri de creanță cu valoare executorie directă în favoarea celor pentru care sunt întocmite.

Astfel, în practica judiciară^[1], sub imperiul vechii reglementări, care își păstrează însă pe deplin valabilitatea, s-a decis că nu poate fi admisă creanța unui salariat, posesor al unui contract de muncă nesemnat de către conducătorul unității, în condițiile în care nu a făcut dovada prestării muncii, nu a fost trecut în statele de plată, și nu are fișe de pontaj care să ateste prezența sa la locul de muncă. Din evidențele contabile ale debitoarei nu a rezultat că creditorul a fost trecut pe statele de plată și nici nu au existat fișe de pontaj din care să rezulte prezența acestuia sau alte evidențe din care să fi reieșit că a desfășurat activități în cadrul societății debitoare. Dacă din evidențele contabile ar fi rezultat că creditorul a avut într-adevăr calitatea de salariat al debitoarei, în sensul că s-a prezentat la locul de muncă și a prestat activitatea la care era obligat prin contract, lichidatorul judiciar era obligat să îl înscrie în tabelul de creanțe din oficiu. În aceste condiții, în mod corect lichidatorul judiciar a omis *înscrierea în tabelul preliminar* a creanței invocate de contestator.

Obligația întocmirii statelor de plată a salariilor, a drepturilor bănești de autor, inventator etc. revine serviciilor financiar-contabile ale angajatorilor, competența controlului revenind organelor expres prevăzute de lege, iar răspunderea celor care le întocmesc fiind stabilită tot potrivit legislației speciale. Rațiunea întocmirii statelor de plată rezidă nu numai în posibilitatea de a constata sumele de bani cu destinația de salarii, drepturi de autor etc. cuvenite și acordate salariaților, autorilor de lucrări, de opere, inventatorilor etc., dar și în posibilitatea de a dovedi efectuarea acestor plăți din partea angajatorului, prin semnătura fiecăruia dintre cei îndrituiți^[2].

4.3. Titularii creanțelor salariale. Drepturile acestora în procedura insolvenței

32. Titularul creanțelor salariale este întotdeauna salariatul, adică persoana care prestează munca în baza contractului individual de muncă încheiat cu angajatorul. Reprezentând contraprestația muncii îndeplinite de salariat, angajatorul nu se poate sustrage în niciun fel obligației de plată a salariului. Obiect și cauză în același timp al contractului individual de muncă, salariul este datorat celor îndrituiți, urmare a prestării muncii în folosul angajatorului, înaintea oricărei alte obligații bănești ale acestuia (art. 161 din C. muncii). Desfășurarea muncii în mod periodic, în cadrul unui program de lucru organizat și stabil, reclamă îndeplinirea obligației de plată a salariului din partea angajatorului în aceleași condiții de certitudine, periodicitate și constanță.

Regula primordialității plății salariilor de către angajator nu poate fi înlăturată de nicio altă obligație bănească a acestuia din urmă, datorată chiar și statului sau oricărui alt creditor. În consecință, drept echivalent a muncii prestate, salariații devin creditorii angajatorului pentru plata salariului. Fiecare salariat are dreptul la un salariu exprimat în bani ca urmare a muncii prestate în baza contractului individual de muncă.

[1] Trib. Alba, sent. nr. 58/F din 29 2005, în Manual de bune practici (...) 420-421.

[2] Și în cazul în care angajatorul realizează plata prin card (prin virament într-un cont bancar), angajatorul are obligația de a întocmi state de plată pentru sumele bănești datorate salariaților cu orice titlu, dovada plății fiind realizată în conformitate cu normele bancare aplicabile.

În momentul în care angajatorul, indiferent de motive, nu își îndeplinește obligația de plată a salariilor^[1], titularii creanțelor salariale, pe lângă posibilitatea de a apela la forța de constrângere a statului în vederea obținerii unei hotărâri judecătorești definitive pentru obligarea angajatorului la plata drepturilor salariale corespunzătoare și neacordate, urmată de procedura executării silite în caz de neexecutare de bună-voie, mai au și o a doua posibilitate legală, care constă în exercitarea mijloacelor puse la dispoziție de Codul insolvenței, atunci când condițiile prevăzute de acesta sunt îndeplinite.

Contractul individual de muncă reprezintă izvorul raportului juridic de muncă încheiat între angajatorul-debitor și fiecare dintre salariații debitori. Potrivit art. 10 din Codul muncii, contractul individual de muncă este contractul în temeiul căruia o persoană fizică, denumită salariat, se obligă să presteze munca pentru și sub autoritatea unui angajator, persoană fizică sau juridică, în schimbul unei remunerații, denumită salariu^[2].

Pe de altă parte, dacă termenul de „angajat”, utilizat de legislația insolvenței, își găsește similitudinea perfectă în cel de „salariat” folosit de legislația muncii, nu aceeași corespondență o regăsim și la celălalt pol al raportului juridic de muncă. Aceasta deoarece noțiunea de debitor, așa cum este definită în art. 5 pct. 26 din Codul insolvenței, nu are acoperire perfectă în Codul muncii, care arată, în art. 14 alin. (2) și (3), că este „angajator” – persoana care va dobândi calitatea de debitor în procedura insolvenței, persoana juridică care poate încheia contracte individuale de muncă în această calitate din momentul dobândirii personalității juridice sau persoana fizică care poate încheia contracte individuale de muncă în această calitate din momentul dobândirii depline a capacității de exercițiu. Aceasta înseamnă că „angajatorul” din dreptul muncii are o arie de cuprindere mai largă decât „debitorul” (angajatorul) din legislația insolvenței^[3].

33. După cum angajatorul se găsește în ipostaza de debitor față de care a fost deschisă procedura insolvenței (a) sau de debitor față de care nu a fost deschisă procedura (b), și prin raportare la diferențierile noționale legale din Codul insolvenței, salariații-creditori pot să procedeze corespunzător^[4].

a) Dacă procedura insolvenței a fost deschisă față de angajatorul lor, la cererea altui/altor creditor/creditori, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va fi ținut față de salariații-creditori ai creanțelor salariale de aplicarea art. 5 pct. 18, în sensul că va înregistra *din oficiu* în tabelul de creanțe creanțele salariale, salariații neavând obligația de a formula și de a depune cerere de admitere a creanțelor lor. Aceasta înseamnă că administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu va fi ținut, anterior înregistrării în tabelul de creanțe a creanțelor salariale și fără să existe o cerere de admitere a creanțelor salariale întocmită de titularul lor, de îndeplinirea obligației prevăzută de art. 105 din Codul insolvenței, care stabilește cu caracter imperativ regula verificării creanțelor, cu excepția

^[1] A se vedea și Al. Athanasie, L. Dima, *Dreptul muncii*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 199; I.T. Ștefănescu, Ș. Beligrădeanu, *Prezentare de ansamblu și observații critice asupra noului Cod al muncii*, în *Dreptul nr. 4/2003*, p. 60-61.

^[2] Dat fiind că „prevalează doar obligația salariatului de a presta munca și doar implicit se deduce că este vorba și de obligația angajatorului de a plăti salariul”, s-a apreciat că definiția este unilaterală și deficitară. A se vedea, în acest sens, Al. Țiclea, *Acte normative noi – Codul muncii*, în R.R.D.M. nr. 1/2003, p. 8-9.

^[3] A se vedea, I.T. Ștefănescu, *Interferențe recente între legislația muncii și legislația comercială*, în R.R.D.M. nr. 3/2002, p. 9; R. Dimitriu, *Conflictele de muncă și soluționarea lor*, Ed. Tribuna Economică, București, 2006, p. 81 și urm.; Al. Țiclea, *Capacitatea juridică a angajatorului – persoană fizică comerciant*, în R.D.C. nr. 5/2003, p. 62-63.

^[4] A se vedea, pentru dezvoltări, F. Moțiu, D.D. Moțiu, *Conșiderații privind creanțele salariale în procedura insolvenței*, în *Phoenix nr. 20/2007*, p. 18-22.

creanțelor constatate prin hotărâri judecătorești sau arbitrale executorii și a creanțelor bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale.

Înscrierea creanțelor salariale din oficiu în tabelul de creanțe conferă salariaților calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței, chiar dacă semnificația acestei expresii nu are aplicabilitate totală în ceea ce privește creanțele salariale. Aceasta deoarece salariatul nu este obligat să formuleze o cerere de înregistrare a creanței sale, creanța sa fiind înscrisă din oficiu în tabel; drept urmare, în cazul salariatului, nu se pune problema admisibilității creanței sale (fiind înscrisă din oficiu, fără a fi supusă verificării, înseamnă că a fost admisă de drept, în puterea legii); ca *titular al creanței salariale*, care a fost înscrisă pe tabelul de creanțe, *poate participa* (prin reprezentare) *la ședințele adunării creditorilor*, având drept de vot în ceea ce privește creanțele reprezentând salariile și alte drepturi bănești; salariatul are dreptul de a participa la plățile aferente programului de plăți din reorganizarea judiciară a debitorului sau, după caz, la distribuțiile de fonduri rezultate din lichidarea averii debitorului, de a fi informat ori notificat cu privire la desfășurarea procedurii și de a participa la orice altă procedură reglementată de prezenta lege.

Titularii creanțelor salariale participă la procedura insolvenței indiferent de cuantumul creanțelor deținute. Apreciem că, în situația în care unul sau mai mulți salariați nu sunt de acord cu înscrierile realizate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar pe tabelul de creanțe (dacă în totalitate sau în parte creanța salarială sau anumite drepturi patrimoniale ce izvorăsc din raportul de muncă nu au fost recunoscute de acesta, cu consecința neînscrierii acestora pe tabel), aceștia au deschisă calea *contestației la judecătorul-sindic*, similar oricărui alt creditor, în temeiul art. 111 din Codul insolvenței.

b) Dacă procedura insolvenței nu a fost deschisă față de angajatorul lor, atunci *salariații* (unul sau mai mulți), singuri sau alături de alți creditori, pot dobândi calitatea de *creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței* și, ulterior, calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței.

Dacă numai salariații debitorului doresc să solicite deschiderea procedurii creanțele salariale trebuie să îndeplinească condițiile de a fi certe, lichide și exigibile de mai mult de 60 de zile și de a avea cuantumul minim de 6 salarii medii brute pe economie/salariat.

Dacă alături de salariații debitorului doresc să solicite deschiderea procedurii și alți creditori, creanțele creditorilor respectivi trebuie să îndeplinească condiția de a fi certe, lichide și exigibile de mai mult de 60 de zile și de a avea un cuantum minim de 40.000 lei.

Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va proceda, în urma deschiderii procedurii de către judecătorul-sindic, la înregistrarea din oficiu în tabelul de creanțe a creanțelor salariale, nesupunându-le procedurii de verificare. Ulterior, creditorii salariați vor fi considerați ca având calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței, mențiunile făcute anterior fiind aplicabile.

Titularii creanțelor salariale, în calitate de creditori, fac parte din adunarea creditorilor, iar la ședințele acestui for al creditorilor, potrivit art. 48 alin. (5) din Codul insolvenței, salariații debitorului vor putea fi reprezentați de un *delegat* din rândul acestora, care va vota pentru întreaga valoare a creanțelor reprezentând salariile și alte drepturi bănești ce li se cuvin. Prin interpretarea acestui text de lege, concluzionăm că, deși fiecare salariat în parte deține calitatea de creditor împotriva averii debitorului pentru drepturile bănești neplătite, nu toți pot participa la ședințele adunării creditorilor. Restrângerea participării este justificată în situația unui debitor cu un număr mare de creditori, deci și

de salariați, caz în care, în lumina textului de lege invocat, aceștia din urmă au posibilitatea de a participa, prin reprezentare, la ședințele adunării creditorilor și de a lua cunoștință, prin intermediul delegaților lor, de deciziile privind soarta debitorului.

Considerăm că această ultimă situație a fost avută de legiuitor în vedere, prin limitarea numărului de salariați care să participe la ședințele adunării creditorilor. Nu participarea în sine constituie problema vizată de legiuitor, ci aspectele care țin de organizare, eficiență și gestionare a fondurilor din averea debitorului.

4.4. Particularități ale creanțelor salariale în procedura insolvenței

34. Regimul juridic al creanțelor salariale reglementat de procedura insolvenței este unul de *regim preferențial*, cu caracter derogator de la celelalte categorii de creanțe deținute împotriva averii debitorului. Regimul preferențial se concretizează prin următoarele:

- înregistrarea din oficiu a creanțelor salariale în tabelul de creanțe, de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, pe baza evidențelor contabile ale angajatorului;
- dispensarea salariaților de obligația de a depune declarație de creanță, în termenele legale;
- nesupunerea creanțelor salariale procedurii de verificare de către administratorul judiciar/lichidator;
- deși evidențele contabile sunt prezumate a fi corect întocmite, creanțele salariale pot constitui motiv pentru contestație, din partea celor cărora legea le atribuie calitate procesuală activă (creditorii, administratorul special);
- rangul de prioritate (art. 161 pct. 3) deținut în momentul distribuirii fondurilor din averea debitorului, în caz de faliment.

4.5. Posibilitatea denunțării contractului individual de muncă. Situația juridică nefavorabilă în care se găsesc salariații angajatorului supus procedurii de insolvență

35. Pentru a dobândi calitatea de creditor în cadrul procedurii insolvenței, în principiu este suficient ca debitorul (angajatorul) să nu-și fi respectat obligația de plată față de salariații săi. Salariații angajatorului, indiferent de numărul lor, sunt însă printre ultimii creditori care ar avea interesul ca angajatorul să se găsească în stare de insolvență, deoarece insolvența angajatorului lor, în cele mai multe cazuri, semnifică pentru ei încetarea raporturilor juridice de muncă, cu consecințe mult mai nefavorabile decât în cazul în care s-ar produce acest efect grație încetării contractelor individuale de muncă în alte moduri prevăzute de legislația muncii.

În situația în care se deschide procedura insolvenței devin aplicabile prevederile art. 123 din Codul insolvenței, care lasă la aprecierea de oportunitate a practicianului în insolvență posibilitatea menținerii sau necesitatea denunțării oricărui contract, avându-se în vedere principiul prioritar al maximizării averii debitorului. Menționăm că analiza noastră se va centra pe situația în care *contractele individuale de muncă vor fi „denunțate”* de administratorul judiciar/lichidator, și nu pe situația în care respectivele contracte vor fi „menținute”, soluție de altfel favorabilă salariaților și posibilă, de regulă, în perioada de observație și în procedura reorganizării, precum și, cu caz de excepție, și în procedura falimentului (menținerea anumitor angajați-cheie, cum ar fi paznici,

specialiști în mentenanța tehnică a unui utilaj sau ansamblu care se va vinde în stare de funcțiune etc.).

Noțiunea pe care legiuitorul a decis să o folosească în scopul evidențierii stingerii raportului juridic de muncă nu este cea ordinară, specifică dreptului muncii, care utilizează noțiunea de *concediere*^[1] pentru a semnifica încetarea contractului individual de muncă din inițiativa angajatorului, ci una cu un specific aparte. Esența semnificației concedierii din dreptul muncii este menținută în linii generale și de legiuitorul insolvenței, al cărui interes este centrat pe satisfacerea intereselor creditorilor și pe salvarea activității debitorului și care, din aceste cauze, se dovedește mai puțin preocupat de terminologia adecvată și comună dreptului muncii, cu consecințe nefavorabile asupra salariaților. Dar termenul de *denunțare* înseamnă, în concret, încetarea bruscă, forțată și neprevăzută a contractelor individuale de muncă. Utilizarea termenului de denunțare pentru contractul individual de muncă alături de cel de închiriere vine să evidențieze faptul că, pentru legiuitorul insolvenței, ambele tipuri de contracte sunt cu *executare succesivă și încheiate fără termen*, posibilitatea denunțării contractului de locațiune fiind un caz de încetare a acestui contract în dreptul civil.

Menținerea sau denunțarea contractelor are loc „atâta timp cât acestea nu vor fi fost executate în totalitate sau substanțial de către toate părțile implicate”. Cum contractul individual de muncă este cu executare succesivă și, ca regulă, încheiat pe durată nedeterminată, criteriul temporal nu poate fi luat în discuție în aprecierea practicianului în insolvență. În consecință, neexecutarea totală sau substanțială ar privi neîndeplinirea, de către una sau ambele părți contractante, a obligațiilor prevăzute în conținutul contractului individual de muncă. Ori, este greu de acceptat ideea că practicianul în insolvență deține competența necesară pentru efectuarea unei asemenea aprecieri.

Și atunci, rezultă că denunțarea contractelor individuale de muncă este realizată doar prin raportare la interesele creditorilor și ale debitorului, cărora trebuie să li se subsumeze soarta contractelor individuale de muncă ale salariaților. De altfel, și aceasta este semnificația *denunțării* din Codul insolvenței: încetarea bruscă, forțată și pe neașteptate a contractelor individuale de muncă, legiuitorul omițând să coroboreze această dispoziție cu celelalte norme din legislația muncii, instituite cu caracter de protecție pentru salariații aflați în situații de disponibilizare forțată.

Denunțarea contractelor, în dreptul comun, poate fi *expresă* sau *tacită*. În opinia noastră, în dreptul muncii, denunțarea unui contract individual de muncă poate avea loc doar în mod expres^[2], deoarece trebuie îndeplinită cu respectarea condițiilor prevăzute de lege, respectiv acordarea unui termen de preaviz. În lipsa acordării preavizului, măsura denunțării, respectiv a încetării contractului individual de muncă, poate fi contestată la instanța de judecată de către salariat. Denunțarea tacită a contractelor este posibilă doar în materie comercială sau civilă, unde părțile se găsesc pe poziție de egalitate juridică (și nu de subordonare, ca în dreptul muncii), iar îndeplinirea obligațiilor este adesea însoțită de garanții substanțiale ca valoare.

Nu poate fi apreciată ca denunțare tacită situația în care salariatul – care nu este interesat să demisioneze – îi cere în scris practicianului în insolvență să își precizeze poziția

[1] Al. Țiclea, *Dreptul muncii. Contractul individual de muncă*, Ed. Lumina Lex, București, 2003, p. 406 și urm.; V. Zanfir, *Codul muncii. Comentat*, Ed. Tribuna Economică, București, 2004, p. 159 și urm.; N. Voiculescu, *Dreptul muncii. Reglementări interne și comunitare*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 64 și urm.

[2] Pentru opinia contrară, în sensul că este posibilă denunțarea tacită a contractului individual de muncă, a se vedea, Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a IV-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 589.

cu privire la soarta contractului său individual de muncă, caz în care dacă nu primește răspunsul în termen de 30 de zile, intervine denunțarea *ex lege* a contractului. Denunțarea tacită înseamnă că voința unei părți de a înceta contractul, de a-i pune capăt, se deduce din îndeplinirea unor acte materiale. Ori, în justificarea adusă, intervine ca un prim act scris, expres, acea notificare a salariatului către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar. Pe de altă parte, intervine și cel de-al doilea act, exprimat tot în formă scrisă și în manieră expresă, sub forma *preavizului*, dat de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, salariatului. Nu intervine deci o denunțare tacită, ci o denunțare expresă, materializată în acte cu valoare juridică, în care se exprimă fără echivoc, în mod clar și expres, voința fiecăreia dintre cele două părți implicate.

36. Apreciem că administratorului judiciar/lichidatorului judiciar îi revine obligația de a „informa” salariatul, aflat în poziția de cocontractant, cu privire la intenția sa, de menținere sau de denunțare a contractului individual de muncă, atunci când debitorului i-a fost ridicat dreptul de administrare. Aceasta deoarece practicianului în insolvență îi vor reveni toate atribuțiile angajatorului în privința conducerii activității sale, ceea ce înseamnă că trebuie să execute și obligațiile prevăzute de art. 40 alin. (2) lit. a), c), d) C. muncii, respectiv de a informa salariații asupra condițiilor de muncă și asupra elementelor ce privesc desfășurarea relațiilor de muncă, de a comunica periodic salariaților situația economică și financiară a unității, de a se consulta cu sindicatul sau, după caz, cu reprezentanții salariaților în privința deciziilor susceptibile să afecteze substanțial drepturile și interesele acestora.

De asemenea, apreciem că practicianul în insolvență este ținut, în acest caz, și de respectarea obligațiilor prevăzute de art. 5 din Legea nr. 467/2006^[1] (lege aplicabilă numai întreprinderilor cu sediul în România care au cel puțin 20 de angajați, potrivit art. 4 alin. (1) și care transpune Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2002/14/CE), potrivit căreia informarea și consultarea salariaților, prin reprezentanții acestora^[2], are loc cu privire la evoluția recentă și evoluția probabilă a activităților și situației economice a întreprinderii; situația, structura și evoluția probabilă a ocupării forței de muncă în cadrul întreprinderii, precum și cu privire la eventualele măsuri de anticipare avute în vedere, în special atunci când există o amenințare la adresa locurilor de muncă; deciziile care pot duce la modificări importante în organizarea muncii, în relațiile contractuale sau în raporturile de muncă etc. Totuși, această obligație prevăzută de art. 5 din Legea nr. 467/2006 incumbă practicianului în insolvență cu caracter subsidiar, atunci când nu a fost adusă la îndeplinire chiar de către angajator înainte de deschiderea procedurii de insolvență și doar dacă angajatorului i-a fost ridicat dreptul de administrare.

În situația în care angajatorului nu i-a fost ridicat dreptul de administrare, considerăm că practicianul în insolvență trebuie să îndeplinească el însuși aceste obligații, atunci când debitorul-angajator nu le-a îndeplinit înainte de deschiderea procedurii de insolvență. În temeiul acestor obligații, salariatul are dreptul de a fi informat, în scris sau prin intermediul sindicatului sau al reprezentanților salariaților, în privința deciziilor care privesc soarta contractului individual de muncă al cărui titular este. Îndeplinirea de

[1] Legea nr. 467/2006 privind stabilirea cadrului general de informare și consultare a angajaților (M. Of. nr. 1006 din 18 decembrie 2006).

[2] A se vedea, pentru dezvoltări, R. Dimitriu, Precizări privind informarea și consultarea părților raporturilor de muncă, în R.R.D.M. nr. 2/2007, p. 11-26; O. Ținca, Comentarii la Legea nr. 467/2006 privind stabilirea cadrului general de informare și consultare a angajaților, în R.R.D.M. nr. 3/2007, p. 11-19.

către angajator a obligațiilor prezentate anterior, în conformitate cu dispozițiile legale, sunt de natură a nu conduce la punerea salariaților într-o „situație-surpriză”, prin care să ia cunoștință de dificultățile apărute pe plan economico-financiar la nivelul activității angajatorului, ulterior deschiderii procedurii insolvenței față de acesta. Mai mult, în cunoștință de cauză, salariații își pot lua din timp măsuri de protecție, în sensul căutării unui alt loc de muncă. Însă, în situația în care dificultățile angajatorului apar și iau amploare cu repeziciune, chiar în perioada judecării cererilor de deschidere a procedurii și imediat ulterior, salariații au dreptul de a fi informați asupra sorții contractelor individuale de muncă.

Articolul 123 alin. (7) din Codul insolvenței prevede că un contract de muncă sau de închiriere, în calitate de locatar, va putea fi denunțat numai cu respectarea termenelor legale de preaviz, iar în alin. (8) se arată că după data deschiderii procedurii, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitorului se va putea face de urgență de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, care va acorda personalului concediat doar termenul legal de preaviz.

37. Denunțarea contractelor individuale de muncă, cu respectarea termenelor de preaviz, nu presupune din partea salariaților realizarea unei aprecieri, care să fie comunicată sub forma vreunei notificări practicianului în insolvență într-un anumit termen, la care salariații să primească răspunsul într-un alt termen. Este vorba de o denunțare *ad nutum* a contractelor individuale de muncă, care nu presupune nicio corespondență în vederea motivării deciziei sau a unor alte eventuale soluții.

Dimpotrivă, în situația în care administratorul judiciar/lichidatorul judiciar decide menținerea contractelor individuale de muncă ale unor salariați (nu neapărat față de toți salariații), este obligat să îi informeze pe aceștia, printr-o notificare sau prin intermediul sindicatului sau a reprezentanților salariaților. La această notificare, salariații respectivi sunt obligați să răspundă, indiferent de decizia lor, afirmativă sau negativă (în acest din urmă caz, încetarea contractului individual de muncă având loc prin demisie), funcție de care administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va proceda în continuare, potrivit atribuțiilor sale în procedura insolvenței.

În privința denunțării exprese a contractelor individuale de muncă, ne raliem opiniei exprimate în doctrină^[1], care apreciază că denunțarea acestor contracte de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar este o denunțare *ad nutum*, lăsată la aprecierea suverană a acestuia, care exclude vinovăția salariaților. Singura obligație a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar este de a respecta termenul legal de preaviz. Însă, în opinia noastră, salariatul trebuie să fie informat atât în privința intenției de denunțare (de încetare a contractului individual de muncă), cât și în privința datei exacte de la care începe să curgă termenul de preaviz, tocmai pentru ca termenul de preaviz să-și poată îndeplini rostul pentru care a fost instituit de legiuitor. Încetarea contractelor individuale de muncă își produce efectele în temeiul deciziei de concediere emise de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar. Cerințele de legalitate a deciziei de concediere privesc necesitatea întocmirii în scris a deciziei, practicianul în insolvență fiind obligat să prevadă în conținutul său durată preavizului și temeiul de drept care a stat la baza emiterii sale.

[1] A se vedea și I.T. Ștefănescu, Încetarea contractului individual de muncă în baza art. 86 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în R.R.D.M. nr. 2/2006, p. 8-11.

Salariatul va dobândi calitatea de creditor pentru salariile și celelalte drepturi bănești datorate de angajator. Având în vedere că încetarea raportului juridic de muncă nu se datorează culpei salariatului, acesta va beneficia de indemnizația de șomaj, proporțional cu vechimea în muncă deținută la data desfacerii contractului individual de muncă, în temeiul Legii nr. 76/2002 privind sistemul asigurărilor pentru șomaj și stimularea ocupării forței de muncă, republicată. Salariatul nemulțumit va putea contesta decizia practicianului în insolvență la instanța de judecată competentă, pe criterii de formă sau de fond (acțiune care, în practica judiciară, se suspendă de regulă, pe motiv că procedura insolvenței este deschisă la momentul înregistrării la instanța de judecată).

38. Articolul 123 alin. (8) din Codul insolvenței tratează și situația salariaților supuși procedurii de *concediere colectivă*^[1]. În acest caz, prin derogare de la prevederile dreptului comun în materie, în cazul în care sunt incidente dispozițiile Codului muncii în ceea ce privește concedierea colectivă, termenele prevăzute de art. 71 și art. 72 alin. (1) din Legea nr. 53/2003 se reduc la jumătate^[2]. Rațiunea acestei noi reglementări în Codul insolvenței derivă din incidența în această materie a soluției pronunțate de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în cazul *Claes și alții* – C-235/10-C-239/10 – în privința drepturilor compensatorii în concedierile colective. Astfel, Curtea a considerat că art. 1-3 din Directiva nr. 98/59/CE a Consiliului din 20 iulie 1998 privind apropierea legislațiilor statelor membre cu privire la concedierile colective trebuie interpretate în sensul ca se aplică încetării activității unei instituții angajatoare ca urmare a unei hotărâri judecătorești prin care se dispune dizolvarea sau lichidarea pentru insolvabilitate, chiar dacă, în cazul unei asemenea încetări, legislația națională prevede rezilierea cu efect imediat a contractelor de muncă ale lucrătorilor.

Până la încetarea definitivă a personalității juridice a unei instituții cu privire la care se dispune dizolvarea și lichidarea, trebuie îndeplinite obligațiile care decurg din art. 2 și 3 din Directiva nr. 98/59. Obligațiile care revin angajatorului în temeiul acestor articole trebuie executate de conducerea instituției în cauză, cât timp aceasta rămâne în funcție, chiar cu competențe limitate în ceea ce privește administrarea respectivei instituții, sau de lichidatorul acesteia, în măsura în care administrarea instituției menționate este preluată în totalitate de acest lichidator. Justificarea scurtării la jumătate a termenelor prevăzute de art. 71 și art. 72 C. muncii rezidă, pe de o parte, în trăsătura celerității care caracterizează procedura insolvenței, iar, pe de altă parte, în prevederile art. 4 din Directiva nr. 98/59, care permite o astfel de reducere.

[1] Cu privire la concedierea colectivă, a se vedea, *I.T. Ștefănescu*, Concedierea salariaților pentru motive care nu țin de persoana lor, individuală și colectivă, în R.R.D.M. nr. 3/2006, p. 13-26; *C.C. Spiridon*, Modificările Codului muncii privind protecția salariaților în cazul concedierilor colective, în R.R.D.M. nr. 3/2006, p. 111-114.

[2] Dispozițiile art. 71 C. muncii prevăd că: „(1) Sindicatul sau, după caz, reprezentanții salariaților pot propune angajatorului măsuri în vederea evitării concedierilor ori diminuării numărului salariaților concediați, într-un termen de 10 zile calendaristice de la data primirii notificării. (2) Angajatorul are obligația de a răspunde în scris și motivat la propunerile formulate potrivit prevederilor alin. (1), în termen de 5 zile calendaristice de la primirea acestora”.

Potrivit art. 72 alin. (1) „În situația în care, ulterior consultărilor cu sindicatul sau reprezentanții salariaților, potrivit prevederilor art. 69 și art. 71, angajatorul decide aplicarea măsurii de concediere colectivă, acesta are obligația de a notifica în scris inspectoratul teritorial de muncă și agenția teritorială de ocupare a forței de muncă, cu cel puțin 30 de zile calendaristice anterioare datei emiterii deciziilor de concediere”.

4.6. Fondul de garantare a creanțelor salariale

39. În concretizarea art. 172 C. muncii a fost adoptată Legea nr. 200/2006^[1] privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale, aplicabilă cu începere de la 1 februarie 2007, precum și H.G. nr. 1850/2006 pentru aprobarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 200/2006^[2]. Adoptarea acestor acte normative a urmărit armonizarea legislației românești cu dreptul comunitar în materie, respectiv Directiva Consiliului nr. 80/987/CEE privind apropierea legislațiilor statelor membre referitoare la protecția salariaților în cazul insolvenței angajatorului^[3], cu modificările aduse prin Directiva Parlamentului European și a Consiliului nr. 2002/74/CE^[4], dată în vederea protejării lucrătorilor cu contracte individuale de muncă cu durată determinată sau cu timp de lucru parțial^[5]. În același sens, se impun a fi respectate și prevederile Directivei nr. 2008/94/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 22 octombrie 2008 privind protecția lucrătorilor salariați în cazul insolvenței angajatorului^[6].

Soluția legiuitorului european, care a urmărit constituirea unor garanții în vederea protejării salariaților de insolvența angajatorilor^[7], a fost preluată de legiuitorul nostru în manieră simetrică, prin constituirea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale^[8] în scopul asigurării plății creanțelor salariale ce rezultă din contractele individuale de muncă și din contractele colective de muncă încheiate de salariați cu angajatorii împotriva cărora au fost pronunțate hotărâri judecătorești definitive de deschidere a procedurii insolvenței și față de care a fost dispusă măsura ridicării totale sau parțiale a dreptului de administrare, denumiți în continuare *angajatori în stare de insolvență* (art. 2 din Legea nr. 200/2006).

Potrivit art. 2 par. 1 din Directiva nr. 2002/74/CE, este considerat în stare de insolvență acel angajator față de care s-a cerut deschiderea unei proceduri colective prevăzute de legea națională, care antrenează depozitarea parțială sau totală a acestuia de activele sale și desemnarea unei judecător delegat, sau a unei persoane care exercită o funcție similară, iar autoritatea competentă în materie fie decide deschiderea procedurii, fie constată încheierea definitivă a întreprinderii sau a stabilimentului angajatorului, datorită insuficienței activelor disponibile care să justifice deschiderea procedurii.

Cu titlu de excepție, anumite categorii de salariați având în vedere caracterul special al contractului sau raportului de muncă sau a existenței altor forme de garantare ce

[1] M. Of. nr. 453 din 25 mai 2006.

[2] M. Of. nr. 1038 din 28 decembrie 2006.

[3] J.O.C.E. nr. L 283 din 28 octombrie 1980.

[4] J.O.C.E. nr. L 270 din 8 octombrie 2002.

[5] Precizăm că România nu a ratificat și Convenția nr. 173/1992 adoptată de Organizația Internațională a Muncii privind protecția creanțelor lucrătorilor în caz de insolvență a celui care angajează. Pentru dezvoltări în legătură cu prevederile Convenției nr. 173/1992, a se vedea D. Ungureanu, Regimul juridic al creanțelor în cazul insolvenței angajatorului în dreptul european, în Phoenix nr. 14 octombrie-decembrie 2005.

[6] J. Of. nr. L 283 din 28 octombrie 2008.

[7] În doctrină s-a arătat că fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale este înțeleasă ca o concretizare a obligației angajatorului de a-și asigura proprii salariați contra riscurilor de neplată a sumelor ce le sunt datorate în executarea contractului de muncă sau ca urmare a încetării acestuia. A se vedea N. Voiculescu, Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale și protecția salariaților în cazul insolvenței angajatorului – legislație națională și comunitară, în R.R.D.M. nr. 2/2006, p. 34-35.

[8] În ceea ce privește constituirea, gestionarea sau alte detalii privind funcționarea efectivă a Fondului de garantare, a se vedea I.T. Ștefănescu, op. cit., p. 592-595; Al. Ticlea, Tratat (...), p. 652-655.

oferă salariatului o protecție echivalentă cu cea prevăzută de actul normativ în discuție, nu beneficiază de efectele legale ale Directivei nr. 80/987 CEE (art. 1 par. 2)^[1].

Potrivit art. 13 alin. (1) din Legea nr. 200/2006, din resursele Fondului de garantare se suportă, următoarele categorii de creanțe salariale: salariile restante; compensațiile bănești restante, datorate de angajatori pentru concediul de odihnă neefectuat de salariați, dar numai pentru maximum un an de muncă; plățile compensatorii restante, în cuantumul stabilit în contractul colectiv de muncă și/sau în contractul individual de muncă, în cazul încetării raporturilor de muncă; compensațiile restante pe care angajatorii au obligația de a le plăti, potrivit contractului colectiv de muncă și/sau contractului individual de muncă, în cazul accidentelor de muncă sau al bolilor profesionale; indemnizațiile restante, pe care angajatorii au obligația, potrivit legii, de a le plăti pe durata întreruperii temporare a activității.

La fel ca și în normele dreptului comunitar care au constituit baza de raportare a legiuitorului român, care prevăd posibilitatea statelor membre de a stabili un plafon de garantare a plății drepturilor patrimoniale neplătite salariaților de către angajatorul lor^[2], constituirea Fondului de garantare în vederea plății creanțelor salariale pentru angajatorul supus procedurii insolvenței nu are drept rezultat acoperirea, până la satisfacere în valoare absolută, a acestei categorii de creanțe. Restricția reglementărilor se observă numai într-o singură direcție, respectiv în ceea ce privește cuantumul sumei ce reprezintă obligația de plată a Fondului pentru fiecare salariat în parte și durata de acordare a acesteia, și nu prin raportare la numărul de salariați ce beneficiază de aceste sume. Așadar, indiferent de numărul salariaților angajatorului aflat în procedura insolvenței, aceștia vor primi plăți reprezentând echivalentul cuantumului a 3 salarii medii brute pe economie, fiecare în parte, potrivit art. 14 alin. (1) din Legea nr. 200/2006.

Pe de altă parte, potrivit art. 15 din Legea nr. 200/2006, la fel ca și în dreptul comunitar, creanțele salariale constând în salarii, plăți compensatorii, compensații în cadrul accidentelor de muncă și bolilor profesionale, indemnizațiile pe durata întreruperii temporare a activității, se suportă pentru o perioadă de 3 luni calendaristice, această perioadă de referință fiind stabilită prin raportare la data deschiderii procedurii (3 luni de zile anterioare sau ulterioare acestui moment), cu singura condiție ca obligația de plată constând în drepturile solicitate pe perioada celor 3 luni de zile să fie exigibilă, adică să fie anterioare datei la care se solicită acordarea lor. O altă solicitare privind plata creanțelor salariale poate fi făcută numai dacă perioada de referință este mai mică de 3 luni.

Acordarea drepturilor patrimoniale din resursele Fondului de garantare depinde, în concret de existența creanțelor salariale și de neplata acestora de către angajator pe o perioadă de maxim 3 luni de zile, astfel încât în situația în care creanțele salariaților angajatorului în stare de insolvență sunt anterioare lunii în care s-a deschis procedura insolvenței, perioada de 3 luni calendaristice precedă datei deschiderii procedurii, iar în situația în care creanțele salariaților angajatorului în stare de insolvență sunt ulterioare lunii în care s-a deschis procedura insolvenței, perioada de 3 luni calendaristice succede datei deschiderii procedurii^[3]. În consecință, așa cum în mod judicios s-a arătat în doctrină^[4], limitele stabilite la nivel național în vederea plății creanțelor salariale din resursele

[1] Pentru dezvoltări, a se vedea și N. Voiculescu, op. cit., p. 284-288.

[2] A se vedea art. 4 pct. 3 din Directiva nr. 80/987 CEE.

[3] H.G. nr. 1850/2006, art. 7.

[4] I.T. Ștefănescu, Regimul creanțelor salariale în cazul insolvenței angajatorului, în Dreptul nr. 10/2006, p. 58.

Fondului de garantare, date de art. 14 alin. (1) (suma totală a creanțelor salariale nu poate depăși cuantumul a trei salarii medii brute pe economie pentru fiecare salariat) și de art. 15 alin. (1) (creanțele salariale prevăzute la art. 13 se suportă pentru o perioadă fixă de 3 luni calendaristice, cu excepția compensărilor pentru concediul de odihnă, care au ca limită maximă un an de muncă) sunt superioare limitelor prescrise de Directiva nr. 80/987/CEE și de Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr. 173 din 1992.

O ultimă observație în legătură cu garantarea plății creanțelor salariale se referă la faptul că, în concepția legiuitorului, resursele Fondului de garantare sunt menite să funcționeze ca o garanție pentru nevoile salariaților, din considerente ce privesc protecția socială a salariaților, pe o perioadă limitată. Aceasta deoarece, în condițiile în care angajatorul intră în procedură fără a-și onora obligația de plată a creanțelor salariale sau acestea iau naștere ulterior, ele se vor plăti din resursele Fondului în mod diferențiat, funcție de și în mod complementar cu procedura concretă la care este supus angajatorul: o reorganizare reușită poate prevedea, ea însăși, prin planul de reorganizare, plata creanțelor salariale (sau chiar cu plata anticipată din Fondul de garantare, urmată apoi de restituirea sumelor avansate către Fond), pe când o reorganizare începută și urmată de faliment sau falimentul din procedura simplificată pot determina tot plata anticipată din resursele Fondului, urmată de restituirea lor, sau pot determina plata creanțelor salariale în măsura insuficienței activului restituit conform ordinii de distribuție prevăzute de art. 161 din Codul insolvenței sau pot determina plata exclusivă și definitivă din resursele Fondului în cazul constatării unui activ insuficient chiar pentru plata cheltuielilor procedurii.

Secțiunea a 2-a. Masa activă în procedura insolvenței

§1. Considerații generale

1.1. Noțiunea de masă activă

40. Stabilirea masei active constă, în fapt, în îndeplinirea unui ansamblu de operațiuni și acte juridice de către persoanele abilitate de lege, în vederea identificării în mod scriptic și factual a valorilor patrimoniale (bunuri și drepturi) existente în patrimoniul debitorului antrenat într-o procedură de insolvență. Este, în fapt, demersul operațional și procedural de identificare a activului patrimonial al debitorului, în vederea repartizării între creditori pentru satisfacerea creanțelor acestora.

Noțiunea de masă activă, în sine, nu este utilizată în cuprinsul Codului insolvenței, dar ea este unanim recunoscută în literatura de specialitate, prin analiza detaliată a operațiilor pe care le implică acest demers. Atât masa activă, cât și masa pasivă apar ca demersuri ce trebuie parcurse, etapă cu etapă, în scopul identificării concrete a unui ansamblu valoric (bunuri, drepturi și creanțe). *Stabilirea masei active* prezintă importanță pentru toți cei implicați în procedura insolvenței. Scopul final al acestui demers rezidă în posibilitatea identificării unui ansamblu concret de bunuri și drepturi patrimoniale care să asigure/permită debitorului accesul la una dintre procedurile prevăzute de lege: procedura generală, prin reorganizare sau faliment, sau procedura simplificată de faliment.

În doctrină^[1], însăși existența stării de insolvență a debitorului se apreciază având ca punct de plecare situația financiară a debitorului. În acest scop, practicianul în insolvență are obligația de a analiza toate datele și informațiile cu privire la debitor și de a reconstitui situația financiară a acestuia.

1.2. Corelația dintre noțiunile de patrimoniu, averea debitorului, masa activă și masa credală

1.2.1. Noțiunea de patrimoniu

41. Noțiunea *gen*, care le încorporează întru totul pe celelalte, este cea de patrimoniu. Desemnând din punct de vedere juridic totalitatea drepturilor și datorilor cu conținut economic aparținând unei persoane fizice sau juridice (morale) determinate^[2], noțiunea juridică de patrimoniu se caracterizează prin prezența a trei elemente definitorii: drepturile și obligațiile care alcătuiesc patrimoniul au valoare economică, sunt pecuniare (evaluabile în bani), aceste drepturi și obligații patrimoniale formează o universalitate juridică, ireductibilă la elementele sale componente, iar patrimoniul este un atribut al personalității.

Noțiunea juridică de patrimoniu^[3] cuprinde totalitatea drepturilor și obligațiilor cu valoare economică, care aparțin unei persoane, spre deosebire de patrimoniu înțeles sub aspect economic, care încorporează capitalurile și veniturile unei persoane. În sens juridic, patrimoniul unei persoane supraviețuiește, chiar alcătuit fiind numai din datorii. Mai mult, în sens juridic patrimoniul înglobează și bunurile viitoare.

Patrimoniul unei persoane, în sens juridic, este o entitate dinamică, variabilă, pozitivă sau negativă într-un anumit moment, având în permanență o latură activă și una pasivă, între care se stabilesc legături indisolubile, care explică și susțin unitatea juridică a patrimoniului, determinată de unitatea persoanei. Ca universalitate juridică, componența patrimoniului este dată de totalitatea drepturilor și obligațiilor cu valoare economică, prezente și viitoare, ce aparțin în fiecare moment al existenței sale unei singure persoane. Se poate spune despre patrimoniu că acesta evocă ideea de universalitate sau de totalitate, care există și se menține indiferent de modificările ce intervin în conținutul său^[4]. Unitatea patrimoniului debitorului permite fundamentarea indivizibilității gajului general al creditorilor persoanei juridice și totodată consolidează ideea că o persoană nu poate avea mai multe patrimonii, după cum un patrimoniu nu poate aparține mai multor persoane^[5].

42. *Activul patrimonial* este constituit din totalitatea drepturilor subiective ce au valoare economică (drepturi reale sau drepturi de creanță). Din punct de vedere economic, latura activă a patrimoniului cuprinde *capitalul* (valoarea productivă sau

[1] A se vedea, M. Stan, I. Turcu, *Pledoarie pentru o necesară înnoire a conceptului de insolvență*, în Phoenix nr. 23 ianuarie-martie 2008, p. 10.

[2] Pentru analiza detaliată a patrimoniului, a se vedea V. Stoica, *Drept civil. Drepturile reale principale I*, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 46-96; Gh. Fekete, I. Zinelu, *Drept civil. Drepturi reale*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1969, p. 5-7; E. Bălan, *Domeniul administrativ*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 9-10.

[3] Pentru analiza critică, motivată, a elementelor cuprinse în cadrul definiției noțiunii de patrimoniu, a se vedea I. Lulă, *Unele probleme privind noțiunea de patrimoniu*, în Dreptul nr. 1/1998.

[4] L. Pop, *Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale*, București, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 9.

[5] Despre mai multe detalii privind principiul unității patrimoniului debitorului, a se vedea, M. Stan, I. Turcu, *O fică rebelă a dreptului privat – insolvența*, în Phoenix nr. 24 aprilie-iunie 2008, p. 17-18.

neproductivă a unor bunuri din sfera patrimoniului) și veniturile (resursele obținute din exploatarea unui bun din sfera patrimoniului), iar latura pasivă este dată de ansamblul datoriilor, evaluabile în bani, care se înfățișează sub forma obligațiilor ce aparțin unui subiect de drept^[1].

Drepturile și datoriile care compun patrimoniul unei persoane, având valoare pecuniară, determină și valoarea economică a acestuia. Raportul dintre activ și pasiv poate indica o valoare economică pozitivă sau negativă a patrimoniului. Tot valoarea pecuniară a drepturilor și datoriilor, indiferent de natura și forma bunurilor care constituie obiectul lor, face posibilă contabilizarea acestora, aspect care determină, la rândul său, aprecierea stării de insolvabilitate a unei persoane, la un moment dat.

1.2.2. Noțiunea de avere a debitorului

43. Definiția legală a *averii debitorului* o regăsim la art. 5 pct. 5 din Codul insolvenței, în sensul cuprinderii totalității bunurilor și drepturilor patrimoniale ale debitorului, inclusiv cele dobândite în cursul procedurii, care pot face obiectul unei executări silite, conform Codului de procedură civilă.

Nu se poate pune semnul egalității între avere și patrimoniu. Patrimoniul cuprinde drepturile și datoriile pecuniare asupra bunurilor care formează averea unei persoane. Avera debitorului apare ca noțiune *specie* prin raportare la noțiunea *gen* a patrimoniului, deoarece în cuprinsul său nu sunt încorporate decât elemente de activ: bunuri și drepturi patrimoniale. Din punct de vedere economic, averea debitorului apare mai degrabă ca o totalitate a veniturilor și capitalurilor unei persoane, fiind circumscrisă laturii active a patrimoniului. Este adevărat însă că nu este obligatoriu ca veniturile și capitalurile să aibă ca obiect sume de bani, ci este necesar ca ele să fie evaluabile în bani (pot cuprinde, de exemplu, valoarea drepturilor reale sau de creanță asupra bunurilor, resursele obținute din exploatarea bunurilor sau din exploatarea propriei forțe de muncă).

Din punct de vedere juridic, bunurile materiale și (doar) drepturile asupra acestor bunuri alcătuiesc averea debitorului, iar din punct de vedere economic, se iau în considerare valoarea bunurilor și orice alte resurse pecuniare dobândite prin exploatare.

Noțiunea de bunuri acoperă posturile ce figurează în activul bilanțier, potrivit normelor contabile, cu excepția drepturilor de creanță (imobilizări corporale; immobilizări necorporale; titluri de participare; stocurile, indiferent de stadiul procesului de fabricație; disponibilitățile bănești). Sunt avute în vedere, din punct de vedere cronologic, trei categorii de bunuri:

- chiar și cele „ieșite” din averea debitorului, anterior deschiderii procedurii de insolvență – în perioada „suspectă”, dar prin intermediul unor acte juridice anulabile de către instanța judecătorească;
- cele prezente, existente în averea debitorului la momentul deschiderii procedurii;
- cele care vor intra, prin orice modalitate – donație, schimb, tranzacție, întreținere etc., în averea debitorului.

44. Din punct de vedere contabil, în categoria *activului patrimonial al debitorului*, sunt incluse activele imobilizate reprezentate de bunurile de capital, ce participă la desfășurarea mai multor circuite economice, care nu se înlocuiesc după prima întrebuintare, rămân în folosința debitorului și nu sunt destinate comercializării și, respectiv,

^[1] I. Adam, Drept civil. Drepturile reale, Ed. All Beck, București, 2002, p. 14.

activele circulante constituite din valorile economice deținute de debitor sub forma stocurilor, creanțelor, investițiilor financiare și disponibilităților bănești.

Pe de altă parte, legiuitorul realizează și o altă limitare pentru averea debitorului aflat în insolvență, deoarece ia în considerare doar anumite categorii de bunuri, adică pe cele care pot face obiectul unei executări silite, conform Codului de procedură civilă, și doar anumite categorii de drepturi, adică cele de creanță, căci drepturile reale sunt subsumate categoriei bunurilor^[1].

În acest fel, averea debitorului^[2] nu se identifică cu patrimoniul debitorului. Averea debitorului poate fi analizată prin raportare la noțiunea de patrimoniu și, mai exact, prin luarea în considerare doar a laturii active a acestuia. Astfel, pentru înțelegerea exactă a sensului și semnificației noțiunii de *avere a debitorului*, apreciem că:

a) aceasta apare ca fiind alcătuită dintr-un ansamblu de bunuri și drepturi patrimoniale care pot face obiectul executării silite;

b) aceste bunuri și drepturi patrimoniale formează o universalitate juridică, ireductibilă la părțile componente;

c) averea, în acest caz, este un atribut al persoanelor aflate în insolvență.

45. Averea debitorului prezintă, prin excelență, *caracter divizibil*. Cu toate acestea, deși divizată în mase de bunuri și drepturi patrimoniale care pot face obiectul executării silite, potrivit Codului de procedură civilă, nu își pierde caracterul unitar și evaluabil în bani. Împărțirea averii debitorului în mai multe mase de bunuri și drepturi cu caracter patrimonial este impusă chiar de legiuitor, prin faptul că acele bunuri și drepturi care nu pot face obiectul executării silite, potrivit Codului de procedură civilă, sunt înlăturate, *de plano*, din averea debitorului. În același timp, divizarea averii debitorului este impusă tot de legiuitor în cuprinsul Codului insolvenței, în mai multe situații: când creditorul are dreptul de a invoca compensarea creanței sale, când creanțele creditorilor cu garanții sunt satisfăcute în mod prioritar din valoarea bunului asupra căreia poartă garanția, când sunt prevăzute modalitățile de vânzare a bunurilor debitorului (în bloc sau individual) etc.

Divizarea averii debitorului este deci un instrument tehnic de grupare a bunurilor și drepturilor patrimoniale ale debitorului pe categorii, utilizat pentru a satisface diversitatea situațiilor reglementate. Identificarea acestor mase patrimoniale în averea debitorului facilitează înțelegerea operării mecanismului subrogării reale, care acționează în mod specific, în raport cu fiecare dintre aceste mase^[3].

1.2.3. Noțiunea de masă activă

46. *Masa activă* reprezintă rezultatul procesului de aplicare a operațiunilor prescrite de legiuitor asupra averii debitorului, pornind de la semnificația dată în cuprinsul art. 5 pct. 5 din Codul insolvenței, în vederea evaluării sale. Este, în concret, rezultatul

^[1] R. Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 249. Argumentul invocat de acest autor face referire la reglementarea distinctă a vânzării bunurilor de la art. 154, ce exclude drepturile de creanță.

^[2] Definiția dată averii debitorului diferențiază procedura insolvenței de *bankruptcy*, potrivit căreia averea debitorului apare ca o masă succesorală, astfel încât data deschiderii procedurii este o veritabilă piatră de hotăr. Pentru amănunte, a se vedea, I. Turcu, *Reorganizarea și lichidarea judiciară*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 83-84.

^[3] I. Turcu, Termenul legal pentru reconstituirea averii debitorului în procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 6/2005, p. 10.

evaluării averii debitorului, obținut prin inventarierea bunurilor existente și prin finalizarea acțiunilor prevăzute de lege, în vederea readucerii altor bunuri în patrimoniul. Avera debitorului este obiectul asupra căreia se stabilește masa activă.

1.2.4. Noțiunea de masă credală

47. Masă credală cuprinde ansamblul creanțelor deținute de creditorii unui debitor aflat în insolvență^[1]. Valoarea masei credale se stabilește prin însumarea aritmetică a creanțelor, care întotdeauna sunt evaluabile în bani. Odată cu întocmirea tabelului definitiv de creanțe, masa credală are o valoare precisă, chiar dacă cunoaște extinderi sau restrângeri prin raportare la identificarea creditorilor și a cererilor de admitere a creanțelor formulate de aceștia, la limitările legale ce pot fi aduse acestor creanțe de către administratorul judiciar/lichidator sau judecătorul-sindic.

1.3. Competența de stabilire a masei active

48. Potrivit Codului insolvenței, procesul de stabilire a masei active cade în sarcina administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, sub controlul judecătorului-sindic, fiind un demers necesar în oricare dintre formele și procedurile prevăzute de lege în vederea satisfacerii scopului ei: procedura generală sau procedura simplificată, reorganizare judiciară sau faliment.

Astfel, deși în situația întocmirii *listei bunurilor debitorului*, acesta are obligația, potrivit art. 67 alin. (1) lit. b) din lege, să depună lista respectivă atunci când procedura se deschide la cererea sa, totuși obligația practicianului în insolvență subzistă și în acest caz. Conform art. 58 alin. (1) lit. (c) din Codul insolvenței, atunci când debitorul nu și-a îndeplinit obligația în termenul legal, administratorul judiciar trebuie să întocmească el însuși lista prevăzută la art. 67 alin. (1) lit. b) sau dacă debitorul a întocmit lista bunurilor în termenul legal, administratorului judiciar îi revine obligația de a verifica, corecta și completa eventual această listă. Lichidatorul judiciar are obligația de a inventaria bunurile debitorului și de a lua măsurile corespunzătoare pentru conservarea lor, în temeiul art. 64 lit. d). Dacă procedura insolvenței se deschide la cererea creditorilor, potrivit art. 72 alin. (6) din lege, atunci lista bunurilor debitorului va fi depusă la dosarul cauzei în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, conform art. 74.

Se observă că întocmirea *listei bunurilor debitorului* constituie întotdeauna obligația acestuia, administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar revenindu-i această obligație doar în mod subsidiar, atunci când debitorul nu o îndeplinește. Cu toate acestea, chiar și atunci când lista bunurilor este întocmită de către debitor – fiind cel dintâi și cel mai sigur cunoscător al patrimoniului său –, constatăm că practicianul în insolvență nu rămâne în pasivitate, deoarece legea îl obligă să procedeze la verificarea, corectarea și completarea acestei liste.

Atunci când lista depusă de debitor nu este corectă și completă, din diverse considerente, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar devine cel însărcinat cu finalizarea *listei bunurilor*. Pe de altă parte, operațiunea de *verificare a listei bunurilor* induce

^[1] Noțiunea de masă credală este utilizată expres și pentru prima dată de Codul insolvenței, alături de cea de pasiv. În doctrină a fost utilizată alături de noțiunea de masă pasivă. Creditorii reuniți în cadrul unei proceduri de reorganizare judiciară și faliment, prin scopul comun pe care îl urmăresc, formează o grupare organizată, numită masă credală. A se vedea, *M. Pașcanu, Dreptul falimentar român*, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 398 și urm.

ideea de control, de supraveghere a activității debitorului aflat în procedura insolvenței. Rezultatul verificării poate consta în confirmarea listei întocmite de debitor sau în completarea acesteia, ceea ce implică înseamnă corectare. Desigur, verificarea listei bunurilor poate avea ca rezultat și excluderea unor bunuri din listă, bunuri care nu mai aparțin patrimoniului debitorului, caz în care se va realiza corectarea listei. În acest sens, prin definirea supravegherii exercitate de administratorul judiciar la art. 5 pct. 66 din lege, legiuitorul arată că aceasta include „măsurile care implică patrimonial debitorul”.

Întocmirea listei bunurilor debitorului nu trebuie să reprezinte o operațiune cu caracter birocratic și pur formal, finalitatea legii fiind îndeplinită atunci când fiecare bun înscris în listă va beneficia de evaluarea corespunzătoare a valorii sale și de luarea deciziei privind modalitatea de exploatare sau de valorificare în cadrul procedurii. Aceste aspecte vor fi cuprinse în raportul administratorului judiciar sau al lichidatorului privind examinarea situației economice a debitorului și a documentelor depuse, întocmit potrivit art. 58 alin. (1) lit. a), respectiv a art. 64 lit. a).

49. Anumite particularități apar în cazul *procedurii simplificate*. Astfel, procedura simplificată se aplică debitorului care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (2) și intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 20 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d).

Cu toate acestea, intrarea debitorului în procedura simplificată nu exclude parcurgerea etapelor necesare în vederea stabilirii masei active. Lista bunurilor debitorului, sigilarea, conservarea sau inventarul bunurilor sunt operațiuni specifice și procedurii simplificate de faliment.

Având în vedere că, în numeroase situații, s-a constatat imposibilitatea începerii procedurii, *în concreto*, datorită lipsei de fonduri din care să se avanseze sumele necesare primelor cheltuieli, art. 39 alin. (1) și (4) din Codul insolvenței stabilește că toate cheltuielile aferente procedurii sunt suportate din averea debitorului, iar în lipsa disponibilităților în contul debitorului se va utiliza fondul de lichidare, plățile efectuându-se pe baza unui buget previzionat, aprobat de judecătorul-sindic^[1]. Plata cheltuielilor care au depășit bugetul previzionat din fondul de lichidare va putea fi autorizată de către judecătorul-sindic, doar pe baza documentelor justificative atașate la raportul lunar al administratorului judiciar/lichidatorului judiciar.

§2. Etapele stabilirii masei active

2.1. Aspecte introductive

50. *Stabilirea masei active* în procedura insolvenței unui debitor prezintă o importanță deosebită prin raportare, în primul rând, la scopul Codului insolvenței. Din momentul pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii de către judecătorul-sindic este evident că debitorul este în stare de insolvență, în sensul că nu dispune de fondurile bănești necesare în vederea satisfacerii obligațiilor scadente. Aceasta este o stare de fapt obiectivă, în aprecierea căreia atitudinea psihică a debitorului nu are relevanță.

[1] A. Capriel, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 42-43.

În legătură cu stabilirea masei active din cadrul procedurii insolvenței, legiuitorul a prevăzut actele și operațiunile ce trebuie dispuse, precum și ordinea aplicării acestora, astfel^[1]:

- a) întocmirea listei bunurilor debitorului [art. 67 alin. (1) lit. b); art. 58 alin. (1) lit. c)];
- b) identificarea bunurilor din averea debitorului [art. 39 alin. (6); art. 151 alin. (2); art. 153 alin. (1)];
- c) sigilarea bunurilor din averea debitorului și a actelor întocmite de acesta [art. 64 lit. d); 151];
- d) inventarierea bunurilor din averea debitorului [art. 101; art. 152; art. 153];
- e) conservarea bunurilor din averea debitorului [art. 64 lit. d); art. 151 alin. (4)].

2.2. Întocmirea listei bunurilor debitorului

51. În momentul în care debitorul, aflat în stare de insolvență sau cel în cazul căruia apariția stării de insolvență este iminentă, introduce la tribunal o cerere în vederea declanșării procedurii insolvenței, va trebui în mod necesar să-i anexeze mai multe documente, în privința cărora art. 67 alin. (1) lit. b) prevede necesitatea prezentării unei liste complete a tuturor bunurilor sale, incluzând toate conturile și băncile prin care își rulează fondurile; de asemenea, pentru bunurile grevate, va menționa datele din registrele de publicitate.

Dacă debitorul nu depune lista (completă) a tuturor bunurilor sale, fie odată cu cererea de deschidere a procedurii, fie cel mai târziu până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic, în baza art. 67 alin. (2), cererea de deschidere a procedurii se respinge, cu excepția cazurilor prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d), precum și a cazului în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare^[2].

S-a renunțat astfel la construcția doctrinară a considerării recunoașterii stării de insolvență de către debitor și a lipsei intenției sale de încercare de salvare a afacerii sale, prin simpla nedepunere a documentelor prevăzute de lege, ca o prezumție absolută, instituită sub imperiul Legii nr. 85/2006.

În schimb, dacă procedura insolvenței se deschide la cererea creditorilor, existența stării de insolvență, inclusiv intenția de reorganizare a debitorului, sunt lămurite prin eventuala contestație depusă de debitor, aspecte care vor primi soluționarea adecvată potrivit art. 72 alin. (3)-(6) din lege. Pe de altă parte, având în vedere că art. 74 din lege impune cu caracter imperativ debitorului să depună la dosarul de insolvență înscririle și documentele prevăzute de art. 67 alin. (1), inclusiv lista completă a tuturor bunurilor debitorului, dacă debitorul nu își îndeplinește această obligație, înscririle și documentele vor fi reconstituite de către practicianul în insolvență.

52. În situația în care debitorul procedează la întocmirea listei bunurilor existente în averea sa la momentul deschiderii procedurii, apreciem că documentul purtând denumirea de „*lista bunurilor debitorului*” are valoarea unui *înscriș sub semnătură*

^[1] Pentru detalii, a se vedea D.D. Moțiu, Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 185 și urm.

^[2] S-a revenit la situația anterioară Legii nr. 85/2006, când nedepunerea documentelor prevăzute de lege de către debitor în termen de 10 zile de la înregistrarea cererii sale ducea la respingerea cererii sale, potrivit art. 33 alin. (2) din Legea nr. 64/1995.

privată, a unei declarații dată de debitor pe propria răspundere. Acest înscris este pasibil de corecturi sau completări efectuate de practicianul în insolvență. În aparență, nu există nicio sancțiune prevăzută de lege pentru debitorul care depune o listă incompletă sau incorectă. Cu toate acestea, având natura juridică a unei declarații date pe propria răspundere, lista bunurilor formulată în mod incomplet sau incorect de către debitor poate constitui o dovadă în vederea aplicării art. 169 alin. (1) lit. e) prima teză, respectiv că debitorul a deturnat sau a ascuns o parte din activul persoanei juridice.

Dacă procedura se deschide la cererea creditorilor (unul sau mai mulți), administratorului judiciar îi revine, potrivit art. 58 alin. (1) lit. c), obligația de întocmire a listei bunurilor prevăzută la art. 67 alin. (1) lit. b), în cazul în care debitorul nu și-a îndeplinit obligația respectivă înăuntrul termenelor legale^[1]. Deci, ulterior expirării termenului legal pentru depunerea listei întocmită de debitor, administratorul judiciar are obligația de a întocmi el însuși lista bunurilor debitorului, dacă acesta nu o face. În acest caz, administratorul judiciar procedează la întocmirea listei bunurilor debitorului prin examinarea documentelor cu caracter economic sau juridic în care se evidențiază activitatea debitorului.

În fapt, apreciem că în această situație operațiunea de întocmire a listei bunurilor debitorului se suprapune cu operațiunea de identificare a bunurilor acestuia, ambele operațiuni fiind realizabile prin recurgerea, în primul rând, la examinarea tuturor documentelor, de orice natură, de care (mai) dispune debitorul și fără a mai fi necesară îndeplinirea operațiunilor de verificare, corectare sau completare a listei bunurilor.

Dacă debitorul procedează el însuși la întocmirea listei bunurilor sale, în termenul legal, atunci *administratorului judiciar* îi revine obligația de verificare, corectare și completare a listei bunurilor, prin examinarea documentelor debitorului, ceea ce conduce la conturarea unei alte atribuțiuni a acestuia, respectiv cea de *identificare a bunurilor debitorului*.

Se observă că legea nu impune și în sarcina *lichidatorului judiciar* această obligație, ceea ce ar însemna ca, ulterior deschiderii procedurii de faliment și depunerii raportului prevăzut de art. 64 lit. a), lichidatorul să fie obligat direct la aplicarea sigiliilor, inventarierea bunurilor și luarea măsurilor corespunzătoare pentru conservarea lor, potrivit art. 64 lit. d) din lege. Ori, sigilarea, conservarea sau inventarierea sunt acțiuni care au întotdeauna ca obiect un bun concret, privit în materialitatea lui. Este cu neputință ca lichidatorului (în situația în care debitorul nu a depus el însuși lista bunurilor sale sau astfel de documente nu au fost întocmite de administratorul judiciar și predate lichidatorului) să nu îi revină aceleași obligații privind întocmirea listei bunurilor debitorului și identificarea acestora.

În opinia noastră, neimpunerea îndeplinirii unei astfel de obligații în sarcina lichidatorului reprezintă o omisiune a legiuitorului, deoarece lipsa unei liste, a unui înscris de natură a constata activul patrimonial al debitorului (indiferent de titularul obligației) îi creează cel puțin dificultăți sau temporizări în aducerea la îndeplinire a celorlalte atribuții, dacă nu imposibilitatea îndeplinirii lor. Nu se poate spune că această obligație nu are caracter de sine stătător, independent sau că ar transpare cu evidență în cadrul altor atribuții.

^[1] În schimb, dacă cererea de deschidere a procedurii este formulată de către debitor, iar acesta nu depune lista bunurilor sale cel mai târziu la termenul stabilit pentru deschiderea procedurii, cererea sa va fi respinsă.

53. În ceea ce privește *natura juridică a termenului* acordat de lege debitorului în vederea *întocmirii listei bunurilor* (odată cu introducerea cererii introductive de deschidere a procedurii de către debitor sau cel mai târziu până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic), dacă procedura se deschide la cererea debitorului, acesta este unul de decădere, a cărui nerespectare conduce la respingerea cererii debitorului.

Dacă procedura se deschide la cererea creditorului(-ilor), potrivit art. 74 din Codul insolvenței, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute la art. 67 alin. (1). Desigur, în ipoteza depunerii peste termen, depunerea listei apare ca un sprijin în îndeplinirea operațiunii de întocmire a listei de către practicianul în insolvență (fără ca în mod formal, în condițiile legii, să nu mai subziste necesitatea îndeplinirii operațiunilor de verificare, corectare sau completare a listei bunurilor debitorului). Însă, depunerea listei peste termenul prevăzut de lege nu îl exonerează pe debitor de suportarea consecințelor legale.

Obligația întocmirii listei bunurilor există și își găsește justificare în situația în care în averea debitorului se găsesc bunuri (sau cel puțin unul). Debitorul este obligat să depună lista bunurilor sale în copie certificată de reprezentantul său legal, cu aplicarea ștampilei. Lista bunurilor se întocmește separat, pentru bunurile imobile și pentru cele mobile. Lista bunurilor imobile cuprinde datele de identificare din cartea funciară, cu menționarea sarcinilor care afectează bunurile imobile. În lista bunurilor mobile, debitorul este obligat să arate numărul de inventar al fiecărui bun, așa cum a fost înregistrat în contabilitate.

În doctrină s-a arătat că, în mod distinct, debitorul poate proceda la întocmirea unei liste în care să precizeze stocurile de mărfuri supuse perisabilității într-un termen viitor apropiat sau a unei liste în care să precizeze situația bunurilor aflate în posesia sau deținea sa precară, dar asupra cărora nu are drept de proprietate^[1]. Deși legiuitorul nu impune în sarcina debitorului obligația de a întocmi astfel de documente, achiesăm la opinia doctrinară citată, însă considerăm că dacă debitorul nu procedează la depunerea unor astfel de documente, practicianul în insolvență va trebui să stabilească situația în concret a fiecărui bun în parte. În orice caz, în îndeplinirea obligației de verificare a listei bunurilor, practicianul în insolvență va lămuri fiecare aspect legat de soarta fiecărui bun din averea debitorului.

54. În situația în care nu există bunuri în averea debitorului, debitorul este dispensat de obligația de a întocmi și de a depune lista bunurilor sale, urmând ca practicianul în insolvență să certifice această stare de fapt. Se ridică problema închiderii procedurii în temeiul prevederilor art. 174 din lege. Închiderea procedurii va avea loc în același temei, în situația în care în averea debitorului se vor găsi bunuri insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și/sau creanțele garantate, caz în care debitorul nu este dispensat de obligația de întocmire a listei bunurilor, dar operațiunile privind verificarea și admiterea creanțelor vor rămâne fără nicio finalitate, nemaifiind necesar a fi îndeplinite.

Dovada existenței unor bunuri insuficiente pentru acoperirea *cheltuielilor cu caracter administrativ ale procedurii* se va face de către practicianul în insolvență, prin raportare la valoarea de evaluare a acestora, în cadrul raportului lunar întocmit în baza art. 59, comparativ cu valoarea estimată a cheltuielilor administrative ale procedurii, acestea fiind formate din remunerația practicianului în insolvență stabilită provizoriu de

^[1] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, Ed. C. H. Beck, București, 2007, p. 203-204.

judecătorul-sindic în baza art. 45 alin. (1) lit. d) și confirmată de adunarea creditorilor în temeiul art. 57 alin. (2) din lege, din costurile prognozate pentru îndeplinirea formalităților de notificare a creditorilor și a tuturor instituțiilor și organismelor de care face vorbire legea, din cheltuielile de deplasare ale administratorului judiciar desemnat, din cheltuielile destinate refacerii sau completării lipsurilor documentelor contabile etc.

În sfârșit, arătăm că *de lege ferenda* se impune completarea art. 67 alin. (1), în sensul ca debitorul să fie obligat să depună la dosarul cauzei și o listă completă cu toate creanțele pe care le deține împotriva terțelor persoane, neîncasate până la momentul formulării cererii introductive, în aceleași condiții cu celelalte documente prevăzute de acest text de lege. Lista este completă atunci când debitorul prezintă toate informațiile în legătură cu aceste creanțe, indiferent că sunt sau nu înregistrate în documentele cu caracter contabil și juridic pe care le-a întocmit în timpul desfășurării activității, respectiv: data încheierii actului juridic, părți, obiect, condiții, termene etc. Aceasta, deoarece, mai cu seamă în domeniul comercial, valabilitatea actelor juridice nu este condiționată de încheierea lor în formă scrisă.

2.3. Identificarea bunurilor din averea debitorului

55. Punctul de plecare în efectuarea operațiunii de *identificare a bunurilor din averea debitorului* [art. 39 alin. (6); art. 151 alin. (2); art. 153 alin. (1)] îl constituie lista bunurilor întocmită de debitor prin cererea de deschidere a procedurii sau cel mai târziu la termenul stabilit de judecătorul-sindic, respectiv pe care o depune în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii la cererea creditorilor, în condițiile art. 71, respectiv art. 72 din Codul insolvenței.

Dacă circumscriem prezenta analiză mării diversități la care se pretează activul patrimonial al unui debitor, din punct de vedere al bunurilor pe care le poate cuprinde, înțelegem motivele datorită cărora această operațiune cunoaște în practică dificultăți atât de mari, iar sarcina practicianului în insolvență se dovedește complexă și decisivă pentru atingerea scopului legii. Identificarea bunurilor din averea debitorului reprezintă obligația practicianului în insolvență de a proceda la constatarea existenței fizice a fiecărui bun menționat în lista bunurilor depusă la dosarul cauzei sau a inexistenței acestora.

S-ar putea considera că identificarea bunurilor din averea debitorului se reduce la operațiunea precedentă, respectiv întocmirea listei bunurilor din averea debitorului. Cu excepția situației în care practicianul în insolvență procedează la întocmirea acestei liste ulterior expirării termenului prevăzut de lege fără ca debitorul să o fi îndeplinit el însuși (caz în care operațiunile de verificare, corectare sau completare a listei întocmite de debitor nu mai prezintă susținere), cele două operațiuni sunt și rămân distincte, deoarece prin *întocmirea listei bunurilor*, debitorul aduce la cunoștința practicianului în insolvență, în mod scriptic și formal, bunurile imobile și mobile aflate în patrimoniul său, pornind de la premisa că el este persoana care își cunoaște cel mai bine activitatea, urmând ca practicianul în insolvență să procedeze la *verificarea, corectarea și, eventual, completarea listei*. Chiar în situația în care debitorul a întocmit lista bunurilor sale în mod corect și complet, practicianul în insolvență este obligat să procedeze la verificarea acesteia, pentru a constata *ex propriis sensibus* corectitudinea notării fiecărui bun în parte, până la epuizarea acestora, în cadrul listei, conform documentelor în care se evidențiază activitatea debitorului.

Potrivit art. 39 alin. (6), aplicabil doar în lipsa lichidităților în patrimoniul debitorului, în scopul și în limitele necesare acoperirii cheltuielilor de procedură, oricând pe parcursul procedurii, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea identifica bunuri valorificabile libere de sarcini, care nu sunt esențiale pentru reorganizare, și va putea proceda la valorificarea de urgență, la minim valoarea de lichidare a acestora, stabilită de un evaluator. Până la desemnarea comitetului creditorilor decizia de valorificare aparține administratorului judiciar/lichidatorului judiciar. Propunerea de valorificare, inclusă în raportul prevăzut la art. 59 alin. (1), care se depune la dosarul cauzei și se publică în extras în BPI, poate fi contestată de orice parte interesată în termen de 3 zile de la publicarea extrasului raportului în BPI. După desemnarea comitetului creditorilor, valorificarea se va face cu acordul comitetului, potrivit prevederilor art. 87 alin. (2). Competența aducerii la îndeplinire a acestei operațiuni îi revine în exclusivitate practicianului în insolvență. Prin depunerea listei bunurilor prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. c) la dosarul de insolvență, debitorul și-a îndeplinit obligația legală impusă în sarcina sa.

În acest moment, în vederea îndeplinirii operațiunii de identificare a bunurilor debitorului, practicianul în insolvență este obligat să procedeze la cercetarea tuturor documentelor cu caracter economic și juridic în care se evidențiază activitatea debitorului, pentru a realiza corespondența dintre cele afirmate de debitor, prin lista depusă, și cele care se regăsesc efectiv în documentele debitorului, acestea din urmă, la rândul lor, fiind necesar uneori să fie identificate. Ca o consecință, *practicianul în insolvență* va realiza implicit și operațiunile de verificare, corectare și completare a listei depuse de debitor.

56. Prin examinarea documentelor debitorului, administratorul judiciar sau lichidatorul realizează în fapt operațiunea de identificare a bunurilor din averea debitorului sub două aspecte:

- în primul rând, economico-juridic, în sensul că documentele contabile și juridice în care transpare activitatea debitorului, permit practicianului în insolvență cunoașterea exactă a averii debitorului, atât în ceea ce privește aspectul cantitativ, cât și cel valoric, inclusiv din punct de vedere al categoriilor de bunuri. Verificarea, corectarea și completarea listei depusă de debitor de către practician sunt elemente ale operațiunii de identificare a bunurilor;

- în al doilea rând, material, în sensul că practicianul în insolvență întreprinde numeroase acțiuni și activități prin care va identifica bunurile debitorului, în concret: deplasări pe teren la locul situării bunurilor mobile și imobile, discuții cu orice persoană care poate furniza informații în legătură cu posibilele bunuri ale debitorului sau cu preocupările cu caracter profesional ale debitorului etc. Astfel, dobândirea informațiilor privind activitățile desfășurate de debitor, indiferent că s-ar cunoaște sau nu de la început persoanele implicate în desfășurarea acestora, permite practicianului în insolvență să descopere anumite bunuri sau acte juridice (în sens de *negotium*), a căror existență nu se evidențiază în niciun document predat practicianului în insolvență.

Esențial este ca datele culese să permită practicianului în insolvență conturarea unui tablou exact sau cât mai fidel posibil asupra bunurilor din averea debitorului, în sens de localizare a acestora: fizico-materială și economico-juridică.

Atunci când debitorul întocmește lista bunurilor, practicianul în insolvență procedea-
ză la verificarea, corectarea și completarea acesteia și ulterior la identificarea bunurilor;
iar când debitorul nu întocmește lista bunurilor, practicianul în insolvență procedea-
ză în

mod direct la identificarea bunurilor din averea debitorului. Astfel că, în manieră implicită, operațiunea identificării bunurilor este prevăzută de art. 58 alin. (1) lit. c), art. 67 alin. (1) lit. b), art. 94, art. 96.

Practicianul în insolvență are obligația verificării tuturor documentele debitorului, indiferent că ne raportăm la documente economice sau juridice.

Așa cum s-a arătat încă în doctrina interbelică^[1], în vederea preîntâmpinării prejudiciilor cauzate terților de către comerciant, acestuia îi revine obligația de a arăta pe față și în modul cel mai conștiincios atât întreaga sa avere, pusă în comerțul său, cât și toate operațiunile sale comerciale, una câte una, împreună cu pierderile și câștigurile rezultând din aceste operațiuni.

Pe baza acestor documente, practicianul în insolvență va întocmi o listă a tuturor creanțelor deținute de debitor împotriva terților, urmărind încasarea acestora în timpul derulării procedurii, fie în mod amiabil, fie prin introducerea de acțiuni în acest scop, fie prin supravegherea sau continuarea celor aflate pe rolul instanțelor de judecată.

Sumele încasate se constituie în parte a activului patrimonial al debitorului.

Potrivit art. 82 alin. (1), debitorul are obligația de a pune la dispoziția administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și a creditorului deținând cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe, toate informațiile și documentele apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, sub sancțiunea ridicării dreptului de administrare.

2.4. Sigilarea bunurilor din averea debitorului și a actelor întocmite de acesta

57. Reglementarea actuală a insolvenței prevede atribuția de aplicare a sigiliilor doar în materie de faliment (evident și în cadrul *procedurii simplificate*). Spre deosebire de vechea reglementare a Legii nr. 85/2006, în concepția actuală a legiuitorului, inventarierea bunurilor din averea debitorului este necesar a se înfăptui atât în procedura generală (în *perioada de observație*, în temeiul art. 101 alin. (1), cât și în procedura de faliment – art. 64 lit. d), art. 153).

Cum procesul de stabilire a masei active interesează deopotrivă procedura generală și procedura simplificată, este evident că, din punctul de vedere al activului patrimonial, practicianul în insolvență este interesat de soarta bunurilor debitorului, ulterior identificării acestora și până la momentul utilizării lor potrivit variantei de reorganizare adoptate sau valorificării lor ca urmare a lichidării.

În acord cu dispozițiile Codului insolvenței, prima măsură constă în sigilarea bunurilor debitorului, odată ce au fost listate și identificate. Aplicarea sigiliilor reprezintă o măsură preventivă, cu caracter conservator, fiind utilizată în scopul menținerii bunurilor identificate cel puțin la aceeași valoare, același grad de fiabilitate etc., precum și evitării oricăror manopere frauduloase prin care debitorul (sau terțe persoane) ar urmări să-și (-i) diminueze averea.

În principiu, acțiunea de sigilare precede pe cea de inventariere, prin care se stabilește masa activă sau masa falimentului, atât descriptiv, cât și cantitativ și valoric^[2].

[1] Pentru detalii privind modul în care a luat naștere principiul obligativității ținerii registrelor comerciale, a se vedea M. Hacman, *Drept comercial comparat*, vol. I, Ed. Curierul Judiciar S.A., 1930, p. 239-255.

[2] I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. C.H. Beck, București, 2001, p. 252.

Totuși, în unele situații, ca de exemplu, atunci când averea debitorului poate fi inventariată complet într-o singură zi, lichidatorul va putea proceda imediat la inventariere, fără a aplica sigiliile – art. 152 alin. (1). În toate celelalte cazuri, se va proceda la inventariere în cel mai scurt timp posibil.

În opinia noastră, singura excepție prevăzută de lege, în temeiul căreia lichidatorul este îndreptățit să nu aplice sigiliile asupra bunurilor debitorului, este cea în care averea debitorului poate fi inventariată complet într-o singură zi. *Per a contrario*, în toate celelalte cazuri, lichidatorul și administratorul judiciar (s.n.) sunt obligați să procedeze la aplicarea sigiliilor asupra bunurilor identificate ale debitorului.

În vederea întocmirii listelor de inventariere, practicianul în insolvență este obligat să ia măsura privind asigurarea închiderii și sigilării spațiilor de depozitare, în prezența administratorului special al debitorului. Dacă bunurile supuse inventarierii sunt depozitate în locuri diferite, practicianul în insolvență care efectuează inventarierea trebuie să sigileze toate aceste locuri și căile lor de acces, cu excepția locului în care a început inventarierea, care se sigilează numai în cazul când inventarierea nu se termină într-o singură zi. La reluarea lucrărilor, se va verifica dacă sigiliul este intact; în caz contrar, acest fapt se va consemna într-un proces-verbal de constatare, care se semnează de către debitor, prin administratorul special, și de către practicianul în insolvență, acesta din urmă fiind obligat să ia măsurile corespunzătoare, inclusiv să sesizeze acest aspect judecăto-rului-sindic.

Obiectul sigilării bunurilor debitorului este constituit, potrivit art. 151 alin. (1) din Codul insolvenței, din: magazine, magazii, depozite, birouri, corespondență comercială, arhivă, dispozitive de stocare și prelucrare a informației, contracte, mărfuri și orice alte bunuri mobile aparținând averii debitorului. Enumerarea textului este realizată doar cu titlu enunțiativ, astfel că vor fi puse sub sigilii și alte bunuri, printre care amintim clădirile care nu sunt destinate activității productive, care conțin mijloace fixe, materiale etc. În ceea ce privește incintele unde activitatea de producție se află în curs de desfășurare, până la momentul finalizării produselor aflate în curs de fabricație, sigilarea devine inutilă și greu de realizat în practică^[1].

58. Articolul 151 alin. (3) stabilește limitativ *bunurile* debitorului care sunt *exceptate de la sigilare*: obiectele care vor trebui valorificate de urgență, spre a se evita deteriorarea lor materială sau pierderea din valoare; registrele de contabilitate; cambiile și alte titluri de valoare scadente sau care urmează a fi scadente în scurt timp, precum și acțiunile ori alte titluri de participare ale debitorului, care vor fi preluate de lichidator pentru a fi încasate sau pentru a efectua activitățile de conservare cerute; numerarul pe care lichidatorul îl va depune la bancă în contul averii debitorului.

Analiza individualizării bunurilor exceptate în puterea legii de la sigilare permite efectuarea unor constatări:

– administratorul judiciar/lichidatorul este cel căruia îi revine misiunea de a stabili care anume bunuri vor trebui valorificate de urgență și care sunt strategiile de punere în valoare a bunurilor, astfel încât valorificarea lor să fie maximă, în baza art. 153 alin. (3) (pot fi luate în considerare mai multe criterii, de exemplu, cantitatea de bunuri perisabile, vânzarea cu grămadă sau pe unități, perioada de timp avută la dispoziție în funcție de gradul de perisabilitate a bunurilor, atractivitatea și interesul cumpărătorilor față de bunuri etc.);

[1] R. Bufan, op. cit., p. 251-252.

– administratorul judiciar/lichidatorul este cel care stabilește gradul de perisabilitate al bunurilor, iar în funcție de convingerea personală, va trece la valorificarea acestora sau, dimpotrivă, la depozitarea temporară și conservarea lor până la finalizarea inventarului, în cazul în care în averea debitorului nu există suficiente lichidități;

– administratorul judiciar/lichidatorul este obligat să țină seama atunci când decide conservarea bunurilor și de costurile pe care le impune această operație, care nu trebuie să fie disproporționat de mari în raport cu valoarea lor, cu lichiditățile posibil de obținut prin valorificarea lor și, nu în ultimul rând, în raport cu posibilitățile materiale ale debitorului în vederea conservării acestor bunuri. Aceasta pentru că legiuitorul a prevăzut bunurile exceptate de la sigilare tocmai pentru a nu produce o diminuarea nejustificată a activului debitorului;

– sunt situații când măsura aplicării sigiliilor nu este necesar să fie luată, de exemplu, când activul patrimonial este atât de redus, încât administratorul/lichidatorul ar putea efectua inventarierea bunurilor într-o singură zi;

– registrele de contabilitate se vor ridica și păstra;

– numerarul se depune la bănci în contul averii debitorului;

– titlurile de valoare și alte titluri de participare ale debitorului (legea precizează exemplificativ cambiile și acțiunile) se ridică de către lichidator în vederea încasării acestora sau în vederea efectuării activităților de conservare cerute;

– colectarea, depozitarea și valorificarea de către administratorul judiciar/lichidator a corespondenței comerciale a debitorului se realizează după anunțarea oficiilor poștale, stațiilor C.F.R., locurilor de înmagazinare în care își desfășoară debitorul activitatea.

Selectarea bunurilor debitorului supuse sigilării se va face și în funcție de criteriul posesiei de către debitorul supus procedurii prevăzute de Codul insolvenței. În acest scop, se vor sigila toate bunurile aflate în posesia debitorului, urmând a fi revendicate în vederea sigilării cele care ar fi în posesia altor persoane. Se vor putea sigila și bunurile proprietatea debitorului aflate la terți, dacă aceștia le dețin ca detentori precari, practicianul în insolvență fiind cel care va stabili locul unde vor rămâne bunurile, în concret, în funcție de criteriile menționate anterior.

2.5. Inventarierea bunurilor din averea debitorului

59. Legea nr. 64/1995 a stabilit că persoana îndrituită de lege să efectueze inventarierea bunurilor debitorului era administratorul judiciar sau lichidatorul [art. 24 lit. h), respectiv art. 29 lit. d) din Legea nr. 64/1995], care puteau solicita concursul unui expert, în situația în care judecătorul-sindic aproba cererea făcută de acesta în acest sens.

Legea nr. 85/2006 a prevăzut obligativitatea inventarierii bunurilor din averea debitorului, astfel cum au fost acestea identificare, în sarcina lichidatorului, potrivit art. 25 lit. d). În consecință, administratorului judiciar nu îi revenea atribuția legală de a proceda la inventarierea bunurilor din averea debitorului, exceptând (sau poate lăsând la întelegerea judecătorului-sindic) situația în care judecătorul-sindic ar stabili o astfel de atribuție în sarcina acestuia, conform art. 45 alin. (1) lit. r) din lege.

În opinia noastră, o asemenea reglementare a constituit nu numai o lacună a legiuitorului, dar și o inadvertență, dificil de conciliat cu cele două planuri ale oricărui tip de procedură: activul patrimonial și pasivul patrimonial. Practicianul în insolvență, indiferent că se înfățișează în persoana administratorului judiciar sau a lichidatorului, desemnat prin hotărârea judecătorească privind deschiderea procedurii, urmărește parcurgerea cu

celeritate și în condițiile legii a tuturor etapelor în vederea stabilirii activului patrimonial. În chiar primele zile de la deschiderea procedurii sau ulterior expirării termenului de 10 zile de la acest moment, administratorul judiciar sau lichidatorul este obligat prin lege să procedeze fie la verificarea, corectarea sau completarea listei bunurilor întocmită de debitor și la identificarea bunurilor din averea acestuia, fie doar la identificarea bunurilor debitorului^[1], dar încă de la momentul deschiderii procedurii practicianului îi revin atribuții privind conducerea în tot sau în parte a activității debitorului sau, cel puțin, de supraveghere a operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului.

Tocmai în vederea realizării scopului inventarierii bunurilor considerăm că, atât în cadrul perioadei de observație din procedura generală, cât și în cadrul falimentului, inclusiv în procedura simplificată de faliment, în mod corect atenția legiuitorului s-a îndreptat asupra direcționării practicianului în insolvență înspre luarea de urgență a tuturor măsurilor pentru întocmirea inventarului privind bunurile din averea debitorului.

Faptul că atribuția privind inventarierea bunurilor aflate în patrimoniul debitorului revine și administratorului judiciar este subliniat în mod expres de art. 58 alin. (1) lit. o), iar art. 64 lit. d) stabilește în mod similar această atribuție în sarcina lichidatorului judiciar.

60. Art. 101 alin. (1) prevede că administratorul judiciar va efectua, în termen de 60 de zile de la data deschiderii procedurii, procedura de inventariere a bunurilor din averea debitorului, pe baza informațiilor primite de la debitor în condițiile art. 67 sau art. 74 și/sau pe baza oricăror informații și documente solicitate autorităților competente potrivit legii. Termenul de 60 de zile poate fi prelungit la cererea administratorului judiciar, pentru motive temeinice, de către judecătorul-sindic. Această prevedere legală se aplică și lichidatorului judiciar.

Potrivit art. 151 alin. (2), în situația prevăzută la art. 93, inventarul bunurilor debitorului se va face după obținerea relațiilor scrise privind situația bunurilor debitorului. Dacă în urma demersurilor efectuate potrivit prevederilor art. 94-96, administratorul judiciar nu identifică nici un bun, inventarul se încheie pe baza comunicărilor scrise transmise de autoritățile relevante.

Constituirea comitetului creditorilor la momentul indicat în lege oferă posibilitatea acestor reprezentanți ai creditorilor ca pe cheltuiala averii debitorului să angajeze un expert evaluator, care să indice, potrivit normelor de evaluare, valoarea bunului supus evaluării. Însă, practicianul în insolvență nu trebuie privat de posibilitatea întocmirii inventarului pe motiv că nu s-a constituit comitetul creditorilor, care poate să decidă angajarea unei persoane de specialitate (fără a fi însă obligatorie pentru comitet măsura aprobării angajării).

Legiuitorul impune realizarea evaluării conform standardelor internaționale de evaluare. Nu este exclusă modificarea valorii bunului fie de către lichidator, fie de expertul evaluator, până la momentul valorificării propriu-zise a bunului în cauză sau datorită schimbărilor care pot interveni în modalitatea de asamblare a bunurilor.

Împotriva *rapoartelor de evaluare*, administratorul judiciar, precum și oricare dintre creditorii pot formula obiecțiuni, în maxim 5 zile de la publicarea în BPI a unui anunț cu privire la depunerea raportului de evaluare la dosarul cauzei, conform art. 62.

În ceea ce privește ordinea de realizare a operațiunilor necesare în vederea stabilirii masei active, arătăm că cele trei operațiuni nu se desfășoară neapărat în ordinea

^[1] Aplicarea sigiliilor se înfățișează ca o măsură organizatorică, cu caracter de prevenție, ce precede inventarierea.

sugerată de legiuitor prin înșiruirea dispozițiilor legale în materie. Uneori, ulterior identificării bunurilor, practicianul în insolvență este obligat să procedeze direct la inventarierea bunurilor, fără a recurge la sigilarea acestora și apoi la luarea măsurilor de conservare^[1]. Desigur, este necesară efectuarea acestei distincții din rațiuni pur teoretice, deoarece toate cele trei operațiuni trebuie desfășurate concomitent și pe măsura identificării bunurilor din averea debitorului. Articolul 151 alin. (4) prevede expres că, în timpul acțiunii de sigilare, lichidatorul va lua măsurile necesare pentru conservarea bunurilor.

61. Nu în ultimul rând, analiza dispozițiilor art. 151 alin. (3), potrivit cărora obiectele care vor trebui *valorificate de urgență*, spre a se evita deteriorarea lor materială sau pierderea din valoare, nu se vor pune sub sigilii, permite concluzia în sensul că, dacă în cadrul averii debitorului există astfel de bunuri, atunci acestea există indiferent de procedura generală sau simplificată sau de procedura reorganizării judiciare sau de faliment la care este supus debitorul. Misiunea valorificării acestora revine, cu titlu general, practicianului în insolvență, iar pentru efectuarea valorificării, astfel de bunuri vor trebui în prealabil inventariate.

Inventarul este un document în care sunt trecute și evaluate, sub aspect cantitativ și valoric, toate bunurile care aparțin averii debitorului, la momentul efectuării inventarierii acestora.

Practicianul în insolvență realizează inventarierea generală a bunurilor din averea debitorului pentru determinarea valorii actuale a elementelor patrimoniale, respectiv a tuturor bunurilor și drepturilor în legătură cu aceste bunuri. Aceasta deoarece, potrivit art. 153 alin. (1), inventarul va trebui să descrie toate bunurile identificate ale debitorului. Deși legea nu prevede, evident că descrierea bunurilor implică și precizarea valorii lor, astfel cum a rezultat în urma evaluării. Deci, finalitatea inventarului are ca punct de plecare bunurile identificate din averea debitorului, asupra cărora se exercită operațiunea de descriere și cea de evaluare.

62. *Scopul real al inventarierii bunurilor* constă în stabilirea situației exacte a tuturor elementelor de activ patrimonial, precum și a bunurilor și valorilor deținute cu orice titlu, aparținând debitorului, pentru determinarea valorii actuale a acestora. În caz de reorganizare judiciară, interesează valoarea actuală a tuturor bunurilor din averea debitorului, chiar dacă numai o parte din acestea va fi destinată reorganizării, iar restul va fi supusă valorificării.

Inventarierea bunurilor din averea debitorului este operațiunea materială prin intermediul căreia administratorul judiciar sau lichidatorul procedează la descrierea fidelă și în concret a tuturor bunurilor identificate în averea debitorului în vederea cunoașterii acestora și a stării în care se prezintă (lit. a), precum și a evaluării acestora (lit. b).

a) Interesează nu simpla constatare a elementelor de activ, deoarece la momentul realizării inventarierii, bunurile din averea debitorului sunt identificate, cunoscute. Operațiunea inventarierii este aplicabilă bunurilor identificate deja în averea debitorului.

Interesul inventarierii rezidă în stabilirea unui diagnostic tehnic fiecărui bun sau ansamblu de bunuri din averea debitorului, în vederea stabilirii stării de funcționare a acestora. Bunurile înregistrate în registrele de contabilitate ale activității debitorului sau cele identificate, fără însă ca debitorul să le înregistreze în aceste registre, suportă atât

[1] Ordinea sugerată de legiuitor este: sigilarea bunurilor, inventarierea și, în final, conservarea.

modificări cantitative datorate condițiilor de depozitare, manipulare, transport sau proprietăților fizico-chimice ale elementelor materiale care se evaporă, se oxidează, se deshidratează etc., cât și modificări calitative, datorate pierderilor parametrilor calitativi legați de expirarea termenului de valabilitate al produsului, depozitarea necorespunzătoare, posibile accidente etc.

Elementul central al unei inventarii reușite depinde de mijloacele pe care practicianul în insolvență le are la dispoziție în vederea descrierii cât mai exacte a stării tehnice a bunurilor identificate în averea debitorului. Prin starea tehnică a bunului înțelegem stabilirea gradului de eficiență în modul de funcționare și de exploatare a bunului supus inventarii.

Pe de altă parte, practicianul în insolvență întâmpină dificultăți în îndeplinirea operațiunii de inventariere, deoarece bunurile trebuie inventariate pe locuri de depozitare, pe gestiuni și pe categorii de bunuri, funcție de natura sau categoria juridico-economică din care fac parte, de tipul sau de gradul de finisare al bunului etc.

Pentru bunurile depreciate, inutilizabile sau deteriorate, fără mișcare ori greu vandabile, comenzi în curs, abandonate sau sistate, precum și pentru creanțele și obligațiile incerte ori în litigiu se întocmesc liste de inventariere separate sau situații analitice separate, după caz.

În cazul producției în curs de execuție se inventariază atât produsele care nu au trecut prin toate fazele (stadiile) prelucrării impuse de procesul tehnologic de producție, cât și produsele care, deși au fost terminate, nu au trecut toate probele de recepționare tehnică sau nu au fost completate cu toate piesele și accesoriile lor. În cadrul producției în curs de execuție se cuprind, de asemenea, lucrările și serviciile în curs de execuție sau neterminate.

În ceea ce privește creanțele debitorului față de terți, acestea sunt supuse verificării și confirmării pe baza extraselor soldurilor debitoare și creditoare ale conturilor de creanțe și datorii care dețin ponderea valorică în totalul soldurilor acestor conturi.

Disponibilitățile bănești, cecurile, cambiiile, biletele la ordin, scrisorile de garanție, acreditivele, ipotecile, precum și alte valori aflate în casieria debitorului se inventariază în conformitate cu prevederile legale. Disponibilitățile aflate în conturi la bănci sau la unitățile Trezoreriei Statului se inventariază prin confruntarea soldurilor din extrasele de cont emise de acestea cu cele din contabilitatea debitorului. Disponibilitățile în lei și în valută din casieria debitorului se inventariază până la data intrării debitorului în procedură și, separat, pentru perioada ulterioară acestui moment, în situația în care debitorul își continuă activitatea, după înregistrarea tuturor operațiunilor de încasări și plăți privind fiecare perioadă, confruntându-se soldurile din registrul de casă cu monetarul și cu cele din contabilitate.

Înscrierea în listele de inventariere a mărcilor poștale, a timbrelor fiscale, tichetelor de călătorie, bonurilor cantități fixe, a biletelor de spectacole, de intrare în muzee, expoziții și altele asemenea se face la valoarea lor nominală, cu excepția timbrelor cu valoare filatelică.

În orice caz, cum în categoria masei active intră nu numai bunurile primate în materialitatea lor, ci și drepturile și obligațiile care se nasc în legătură cu acestea, practicianul în insolvență este obligat să efectueze inventarierea bunurilor ținând cont de situația concretă a fiecărui bun (astfel, servitutea care grevează un bun imobil diminuează valoarea bunului, valoarea bunului afectat de clauza de rezervă a dreptului de proprietate este condiționată de realizarea sau nerealizarea clauzei, urmată de o altă valorificare

a bunului respectiv, condiționată de factorii în care va avea loc valorificarea, în concret etc.).

Resursele materiale și umane de care dispune practicianul în insolvență în vederea inventarierii sunt condiționate de obținerea aprobării comitetului creditorilor pentru angajarea unui expert evaluator (eveniment supus unei multiple condiționări: ca timp, resurse, voință). Soarta bunurilor debitorului în privința menținerii calităților tehnice pe care le dețin acestea la momentul deschiderii procedurii insolvenței și ulterior, până când administratorul judiciar sau lichidatorul pot lua măsurile în legătură cu inventarierea bunurilor debitorului constituie o preocupare a legiutorului, practicianul în insolvență fiind obligat să ia concomitent și măsuri de conservare a bunurilor, pe măsura sigilării acestora.

În măsura îndeplinirii de către administratorul statutar a obligațiilor prevăzute de lege în sarcina sa, simpla parcurgere a registrului inventar va furniza practicianului în insolvență elemente suficiente privind descrierea stării tehnice a bunurilor identificare în averea debitorului, alături de cele privind plusurile sau minusurile de inventar. Dacă prin faptele sale administratorul statutar a cauzat un prejudiciu societății, atunci practicianul în insolvență are la dispoziție acțiunea în răspundere reglementată de art. 169, dacă fapta sa nu formează obiectul material al vreunei infracțiuni sau contravenției.

b) Prin evaluarea bunurilor identificate ca făcând parte din averea debitorului, se are în vedere ansamblul metodelor, tehnicilor și procedeele prin intermediul cărora evaluatorul stabilește valoarea unui proprietăți, fie că este vorba de un bun sau un grup de bunuri imobile sau mobile, active financiare sau întreprinderi^[1].

Cum lucrările de inventariere a bunurilor debitorului sunt obligatoriu a se realiza subsecvent operațiunilor de identificare și sigilare a bunurilor, apelul practicianului în insolvență la ajutorul *evaluatorului* are loc ulterior identificării bunurilor din averea debitorului. De altfel, atât administratorul judiciar, cât și lichidatorul pot apela la un specialist evaluator în îndeplinirea atribuțiilor lor, potrivit art. 61 și art. 63 alin. (1).

Principiul esențial care caracterizează această etapă a procedurii este celeritatea. În acest sens, art. 152 alin. (1) prevede că atunci când averea debitorului poate fi inventariată într-o singură zi în mod complet, lichidatorul va proceda la inventariere imediat, fără a mai aplica sigiliile. Desigur, chiar și în ipoteza inventarierii într-o singură zi, bunurile debitorului nu vor putea rămâne nesupravegheate și nedestinate realizării unui anumit scop. Acesta va depinde de tipul de procedură în care se află debitorul: în reorganizare judiciară sau faliment.

Cum art. 152 alin. (2) stabilește că lichidatorul, pe măsura desfășurării inventarierii, este obligat să ia în posesie bunurile, devenind depozitarul lor judiciar^[2], putem afirma că în caz de reorganizare judiciară bunurile debitorului pot rămâne în posesia acestuia, care va exercita asupra lor dreptul de administrare, în situația în care nu i-a fost ridicat de către judecătorul-sindic sau pot fi păstrate în locuri de depozitare speciale.

^[1] Noțiuni de economie aplicate procedurii de insolvență. Programul Phare 2002. Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, editat de Ministerul Justiției, 2006, p. 19.

^[2] Având în vedere că lichidatorul este remunerat pentru activitatea pe care o desfășoară și, în același timp, este un profesionist, el va răspunde pentru orice culpă, în ceea ce privește păstrarea bunurilor debitorului, ca un depozitar. Pentru contractul de depozit, a se vedea, F. Moțiu, Contractele speciale în noul Cod civil, ed. IV, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 300 și urm.

63. *Întocmirea listelor de inventariere*^[1], pentru fiecare categorie de bunuri, trebuie să răspundă unor parametri stabiliți de lege; astfel, se vor indica în cuprinsul acestora toate bunurile debitorului, cu descrierea fiecăruia, precum și cu precizarea valorii lor la data întocmirii inventarului^[2].

Astfel, cu titlu de exemplu, în vederea întocmirii referatului de inventariere și predarea/preluarea patrimoniului întocmit de către lichidator, pot fi parcurse următoarele etape aferente operațiunii de predare/primire a patrimoniului debitorului^[3]: 1) inventarierea patrimoniului; 2) aprobarea raportului de inventariere; 3) valorificarea inventarierii; 4) întocmirea și prezentarea raportului de activitate al administratorului asupra perioadei de la începutul exercițiului financiar; 5) întocmirea raportului de prezentare a patrimoniului; 6) întocmirea și semnarea protocolului de predare primire a patrimoniului societății. Întreaga operațiune de inventariere a patrimoniului debitorului va fi efectuată în acord cu Normele privind organizarea și efectuarea inventarierii elementelor de activ și de pasiv, ținând cont de data de referință a inventarierii și a bilanțului de preluare a patrimoniului.

În cazurile complexe, pot fi stabilite mai multe comisii de inventariere și predare/preluare a patrimoniului (comisia centrală de inventariere, cea de inventariere a activelor corporale, a creanțelor și disponibilităților sau a obligațiilor), fiind desemnate nominal și persoanele responsabile în derularea operațiunilor de inventariere cu eventualele probleme de ordin contabil, juridic și/sau metodologic, posibil de apărut în cadrul comisiilor, precum și obiective generale specifice inventarierii și obiective specifice categoriilor de bunuri ce sunt inventariate^[4].

Prezența *expertului evaluator* la efectuarea inventarierii bunurilor, în tot sau în parte, are ca punct de plecare decizia privind desemnarea acestuia de către practicianul în insolvență. Prezența expertului evaluator va putea fi pusă în discuție în mod defalcăt, pentru acele bunuri a căror evaluare necesită cunoștințele de specialitate și metodele de evaluare promovate prin standardele internaționale de evaluare. Pe de altă parte, practicianul în insolvență poate apela la evaluatorii desemnați sau aleși de el însuși, fără a fi obligat să solicite aprobarea judecătorului-sindic (doar a comitetului creditorilor), în baza art. 62 alin. (6). Cheltuielile privind remunerația muncii expertului evaluator sunt suportate din averea debitorului.

Atunci când au fost întocmite evaluări privind bunurile debitorului de către evaluatorul intern, anterior deschiderii procedurii insolvenței, a căror rezultate își mențin valabilitatea, practicianul în insolvență și comitetul creditorilor pot decide utilizarea acestor date și în cadrul procedurii în vederea *maximizării averii debitorului* și desfășurării cu celeritate a acesteia. Dacă însă există îndoieli privind rezultatele furnizate de evaluatorul intern sau acestea nu mai sunt de actualitate sau lipsesc cu desăvârșire, se poate decide

[1] În sensul legii contabilității, inventarierea reprezintă procedeul de stabilire a mărimii faptice a elementelor patrimoniale și de evaluare a lor la nivelul valorii actuale (de utilitate sau de întrebuințare), iar rezultatul acestei activități îl reprezintă inventarul. Pentru amănunte, a se vedea M. Teaciu, L. Caciuc, C. Sabău, C. Hațegan, Bazele contabilității, Ed. Eurostampa, Timișoara, 2001, p. 188-193.

[2] În vederea înțelegerii distincțiilor dintre inventarierea din dreptul insolvenței și cea prevăzută de legea contabilității, a se vedea R. Bufan, op. cit., p. 256.

[3] Al. Medelean, Inventarierea și predarea/preluarea patrimoniului – studiu de caz, în cadrul Seminarului UNPRL, București, 21 octombrie 2005, p. 2 și urm.

[4] Pentru prezentarea Standardelor Internaționale de Evaluare și analiza categoriilor lor, a se vedea Noțiuni de economie (...) Programul Phare 2002, p. 40-60.

apelul la un evaluator extern sau independent, care nu a fost în legătură cu activitatea desfășurată de debitor.

64. Efectuarea inventarului se realizează în prezența *administratorului special*, care va trebui să fie de față și să asiste la inventar, dacă judecătorul-sindic dispune astfel, conform art. 152 din lege^[1].

În privința semnării actului de inventar, art. 153 alin. (2) arată că acesta va fi semnat de lichidatorul judiciar și de administratorul special, iar dacă acesta din urmă nu participă la inventariere, doar de către lichidatorul judiciar [similar vechii reglementări a art. 115 alin. (2) din Legea nr. 85/2006]. În situația în care administratorul special nu se va prezenta la inventariere, el nu va putea contesta datele din inventar, potrivit art. 152 alin. (1).

Semnătura administratorului special are o valoare deosebită, deoarece atestă că listele întocmite sunt completate în mod corect, fără omisiuni sau adăugiri de bunuri, că sunt descrise în modul în care se prezintă ele în realitate.

Nerespectarea dispoziției dată de judecătorul-sindic în sensul participării administratorului special la întocmirea listelor de inventar nu atrage sancțiunea nulității acestora sau inopozabilitatea față de debitor, ci imposibilitatea contestării datelor din inventar – art. 152 alin. (1).

Administratorul special nu este obligat să semneze actul de inventar, indiferent dacă a participat sau nu la întocmirea acestuia, legea neprevăzând necesitatea semnării actului de inventar de către acesta.

Potrivit art. 152 alin. (2), pe măsura desfășurării inventarierii, lichidatorul ia în posesie bunurile din averea debitorului, devenind depozitarul lor judiciar. Aceasta nu înseamnă că practicianul în insolvență este obligat să execute personal și singur obligația de depozitare a bunurilor. Întocmirea inventarului are natura juridică a unui act de administrare.

2.6. Conservarea bunurilor din averea debitorului

65. Persoana îndrituită de lege să realizeze operațiunile de conservare este administratorul judiciar/lichidatorul, sub conducerea judecătorului-sindic. Conținutul măsurilor de conservare se raportează întotdeauna la natura, cantitatea și calitatea bunurilor.

Odată cu finalizarea operațiunii de identificare a bunurilor din averea debitorului, sau și pe parcursul desfășurării acesteia, preocupările practicianului în insolvență trebuie direcționate în sensul luării măsurilor de conservare, de natură să protejeze și să mențină bunurile identificate la aceeași valoare. Dacă practicianul în insolvență nu ar recurge la aplicarea măsurilor de conservare corespunzătoare tipurilor de bunuri găsite în averea debitorului, toată activitatea depusă de el și de ceilalți participanți la procedură ar putea fi zădărnicită prin pieirea, alterarea, distrugerea, deprecierea, defectarea, demontarea, descompletarea etc. bunurilor respective.

Măsurile de conservare însoțesc orice procedură de insolvență, însuși scopul acestora constând în preîntâmpinarea unei pierderi mai mari cu o cheltuială mai redusă. Procedura insolvenței nu poate deroga de la această regulă instituită la nivel de principiu în domeniul dreptului.

^[1] Spre deosebire de fostul art. 114 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, care prevedea că debitorul trebuie să asiste la inventar.

Competența de alegere a celei mai adecvate și eficiente măsuri conservatorii prin raportare la felul bunului pe care îl însoțește aparține în exclusivitate practicianului în insolvență, care nu are nevoie de nicio aprobare în vederea luării acestei măsuri. Ca și în vechea reglementare, desfășurarea acțiunilor de sigilare a bunurilor identificate în averea debitorului din procedura falimentului coincide cu momentul luării măsurilor necesare în vederea conservării bunurilor debitorului – art. 151 alin. (4).

Odată identificate și sigilate, practicianul în insolvență va aplica acele măsuri adecvate menținerii bunurilor în cea mai bună stare. În acest fel, bunurile corporale vor fi păstrate în condiții care să le asigure conservarea substanței și paza acestora, iar drepturile patrimoniale vor fi protejate prin măsuri, cum ar fi: întreruperea unei prescripții, exercitarea acțiunilor în justiție, efectuarea demersurilor legale pentru constituirea drepturilor reale, sau, după caz, pentru asigurarea opozabilității, efectuarea somațiilor etc.

Codul insolvenței nu conține prevederi speciale în legătură cu măsurile de conservare, arătând că, pe măsura desfășurării inventarierii, cel care ia în posesie bunurile debitorului este lichidatorul, devenind depozitarul lor judiciar [art. 152 alin. (2)].

Ori de câte ori este necesar și posibil^[1], se recomandă ca protecția bunurilor din averea debitorului să fie asigurată prin pază, folosind angajații debitorului. Aceștia din urmă vor putea fi folosiți în asigurarea activității de pază, în condițiile în care este posibil (de exemplu, nu a intervenit concedierea lor), dacă posedă calificarea necesară. Paza bunurilor se poate realiza și prin angajarea unor societăți de pază specializate.

Trebuie însă să se țină cont de faptul că activitățile de pază implică cheltuieli suplimentare, care tot din averea debitorului vor fi suportate. Din această cauză, administratorul judiciar/lichidatorul este obligat să recurgă la întocmirea unor calcule estimative referitoare la riscurile la care sunt supuse bunurile respective (deteriorare, furt etc.), precum și la valorile aproximative a se recupera în urma valorificării acestor bunuri, în vederea evitării înregistrării unor pierderi.

66. Practicianul în insolvență, confruntat de regulă cu problema acută a lipsei disponibilităților bănești și a resurselor umane, se vede obligat să găsească soluții adecvate pentru păstrarea bunurilor identificate. În vederea asigurării posibilității realizării integrale a drepturilor de creanță ale creditorilor, practicianul în insolvență poate:

- să formuleze cereri de indisponibilizare a bunurilor care formează obiectul unui litigiu sau de evitare a diminuării valorii activului patrimonial (sechestrul judiciar, sechestrul asigurător și poprirea asigurătorie, în baza Codului de procedură civilă);
- să intervină în procesele debitorului având ca obiect bunuri din patrimoniul debitorului, prin intermediul cererii de intervenție voluntare, accesorie sau principală;
- să procedeze la sigilarea și inventarierea bunurilor aparținând averii debitorului;
- să promoveze acțiuni în declararea simulației, dacă debitorul are calitatea de creditor chirografar al uneia din părțile care au participat la încheierea simulației^[2];

^[1] În principiu, în procedura generală, când debitorul este în perioada de observație.

^[2] În doctrină se apreciază că, din punctul de vedere al creditorilor și al drepturilor sale, acțiunea în declararea simulației este o măsură conservatorie (în nici un caz nu poate fi catalogată ca fiind o măsură reparatorie), deoarece este mijlocul juridic prin intermediul căruia se constată, pe bază de probe, faptul că valoarea bunului continuă să existe în patrimoniul creditorului, actul public de înstrăinare fiind fictiv, sau că a fost dobândită în realitate cu un alt titlu decât acela consemnat în actul public. Prin această acțiune, nu se urmărește readucerea unei valori active în patrimoniul debitorului. A se vedea, *F.A. Băias*, Simulația. Studiu de doctrină și de jurisprudență, Ed. Rosetti, București 2003, p. 210-228.

– să intenteze acțiunea oblică, acțiunea pauliană sau acțiunile directe reglementate de lege;

– să solicite înscrierea drepturilor reale dobândite de debitor în cartea funciară, dacă acestea nu sunt înscrise;

– în calitate de depozitar judiciar, lichidatorul judiciar poate să încheie contracte de asigurare având ca obiect bunurile din averea debitorului etc.

În legătură cu aceste *contracte de asigurare de bunuri*, arătăm că lichidatorul judiciar încheie astfel de contracte pe baza interesului pe care este obligat să-l manifeste, în calitate de organ al procedurii și de depozitar judiciar al bunurilor debitorului, față de bunurile debitorului. Având natura juridică de act de administrare, contractul de asigurare de bunuri are la bază valorile patrimoniale reprezentate de bunurile debitorului care sunt expuse pieirii în caz de producere a riscului, interesul asigurabil rezultând din legătura creată și impusă de lege între aceste bunuri ale debitorului (care reprezintă obiectul asigurării) și persoana care încheie contractul de asigurare (practicianul în insolvență).

Legea insolvenței conferă expres lichidatorului calitatea de *depozitar judiciar*, potrivit art. 152 alin. (2). Noțiunea de depozitar judiciar nu se regăsește în legislația civilă, dar considerăm că intenția legiuitorului a fost aceea de a conferi practicianului în insolvență calitatea de depozitar, așa cum se regăsește într-un contract de depozit propriu-zis, sub forma depozitului obișnuit sau chiar neregulat.

În fapt, între lichidatorul judiciar și debitor nu se încheie un contract de depozit în sensul propriu-zis al termenului, în scopul păstrării (conservării) bunurilor identificate în averea debitorului, în vederea restituirii lor în natură la cererea debitorului (deponentului). Lichidatorul judiciar devine depozitarul lucrurilor debitorului în temeiul legii, datorită calității sale de organ al procedurii.

În vederea îndeplinirii în mod corespunzător a obligației de păstrare a bunurilor din averea debitorului, și dat fiind că legea îi permite (chiar îl obligă) să recurgă la orice mijloace cu caracter preventiv-conservator al căror efect constă în diminuarea sau înlăturarea pierderilor din averea debitorului, cheltuielile efectuate în acest sens fiind recuperate din averea debitorului cu prioritate, potrivit art. 161 pct. 1, practicianul poate încheia contracte de asigurare de bunuri.

Titularul interesului asigurabil într-un astfel de contract de asigurare de bunuri este tocmai practicianul în insolvență. Riscul asigurat poate privi urmarea acțiunilor forțelor naturii, survenite accidental (inundații, cutremure, foc, îngheț etc.), poate fi rezultatul unei acțiuni cu caracter permanent negativ (uzura fizică sau morală a bunului), poate fi determinat de forțele umane datorită intereselor individuale deosebite, a influențelor economice sau progresului tehnici.

În ceea ce privește obiectul asigurării, practicianul în insolvență nu va putea încheia astfel de contracte pentru bunurile debitorului care nu mai prezintă importanță economică, care nu mai pot fi folosite potrivit destinației lor din cauza degradării, care nu mai îndeplinesc anumite cerințe prevăzute în actele normative în vigoare sau care, prin caracteristicile proprii sau locul unde se află amplasate, nu sunt supuse riscului sau, dimpotrivă, sunt supuse unui risc excesiv^[1]. Cum astfel de bunuri sunt excluse *de plano* de la asigurare, apreciem că ele nu vor putea forma obiectul unui contract de asigurare, chiar dacă fac parte din averea debitorului care este supus unor dispoziții speciale.

[1] A se vedea, I. Sferdian, *Dreptul asigurărilor*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, 2009, p. 176.

În schimb, practicianul în insolvență va putea încheia contracte de asigurare pentru orice alte bunuri, dintre care menționăm exemplificativ^[1]: asigurări de autovehicule pentru avarii și furt, asigurări de clădiri și alte construcții pentru riscurile de incendiu și alte calamități, asigurări pentru bunurile aflate în clădiri sau alte construcții, asigurări pentru mașini, utilaje și instalații pentru cazuri de avarii accidentale, pentru echipamente electronice, pentru mărfuri în timpul transportului pe cale ferată, maritim, rutier, pentru nave, pentru producțiile agricole etc.

Cum printre atribuțiile practicianului în insolvență legea nu o prevede și pe cea privind obligativitatea încheierii unor astfel de contracte de asigurare, considerăm că practicianul în insolvență, în temeiul atribuției de a sesiza judecătorul-sindic în legătură cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta, ulterior identificării bunurilor din averea debitorului, este obligat să sesizeze judecătorul-sindic în legătură cu existența acestor bunuri și a necesității de a lua măsuri de protecție a lor. Sau, după constituirea masei credale, poate propune adunării creditorilor aprobarea acestei măsuri.

Totuși, de multe ori, datorită caracterului urgent cu care se impun a fi adoptate astfel de măsuri, apreciem că practicianul în insolvență are deplină competență în a decide încheierea unei asigurări, fără a sesiza și primi încuviințarea din partea judecătorului-sindic sau a adunării creditorilor. Aceasta, deoarece, pe de o parte, suntem în prezența încheierii unui act de administrare, iar, pe de altă parte, măsurile luate de practicianul în insolvență pot fi contestate de debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori, precum și orice altă persoană interesată, potrivit art. 59 alin. (5).

Mai mult, practicianul în insolvență are obligația de a depune toate diligențele pentru ca bunurile debitorului să fie menținute cel puțin la nivelul calitativ în care erau la momentul la care au fost identificate. Pentru ca un bun al debitorului să fie menținut la valoarea inventarierii efectuată în timpul procedurii, practicianul în insolvență se vede pus în situația de a se preocupa de obținerea, menținerea sau desființarea autorizațiilor și avizelor obținute de debitor; de încheierea sau prelungirea autorizațiilor de funcționare, a contractelor de arendare, de închiriere etc., astfel încât la momentul votării planului de reorganizare sau valorificării prin lichidare a respectivelor bunuri, acestea să aibă o valoare echivalentă.

67. În ceea ce privește *conservarea drepturilor de creanță ale debitorului față de terți* (creanțe propriu-zise, cambii și alte titluri de valoare, acțiuni ori alte titluri de participație ale debitorului etc.), legea obligă practicianul în insolvență să procedeze la luarea acelor măsuri care sunt mai favorabile intereselor procedurii. Scadența acestora la termenul indicat obligă la încasarea sumelor indicate în cuprinsul lor. În cazul în care scadența lor este într-un termen apropiat, iar încasarea sumelor în quantumul arătat prin astfel de titluri profită intereselor creditorilor implicați în procedură (și chiar debitorului însuși), practicianul în insolvență va aplica în mod corespunzător prevederile art. 123 din Codul insolvenței.

O problemă interesantă se ridică în legătură cu dreptul debitorului în procedură de a recurge la forța de constrângere a statului împotriva propriilor săi debitori, atunci când dreptul la acțiune s-a stins ca urmare a neexercitării în termenul de prescripție, acesta împlinindu-se în prejma datei deschiderii procedurii sau într-un interval de timp imediat

[1] Pentru detalii, a se vedea, I. Sferdian, op. cit., p. 176-184.

apropiat de aceasta^[1]. Se cunoaște că simpla introducere a unei cereri de deschidere a procedurii, de către debitor sau de către creditorii (unul sau mai mulți) nu echivalează cu deschiderea procedurii de insolvență. În aceste situații, când împlinirea termenului de prescripție extinctivă se situează imediat ulterior datei deschiderii procedurii, apreciem *de lege ferenda* că ar fi necesar ca debitorul să beneficieze de instituția suspendării prescripției. Adică debitorul ar trebui să beneficieze de o perioadă de timp, țărmurită de data deschiderii procedurii și termenul de 30 de zile de la data desemnării practicianului în insolvență, pe parcursul căreia termenul de prescripție să fie oprit, în temeiul legii, datorită imposibilității concrete și obiective de a acționa a titularului dreptului la acțiune.

Titularul dreptului la acțiune este evident debitorul, dar datorită situației juridice în care se găsește, nu poate acționa în vederea apărării propriilor sale drepturi. Până la desemnarea practicianului în insolvență și până când acesta reușește să examineze situația economică a debitorului, pentru a putea cunoaște starea patrimoniului acestuia, în vederea întocmirii raportului la care este obligat prin lege, se scurge un interval de timp rezonabil, pe parcursul căruia patrimoniul debitorului poate suferi diminuări, datorate unor motive obiective, într-o situație obiectivă.

Pentru a se evita opunerea de către partea adversă a *excepției prescripției extinctive*, dat fiind starea obiectivă a debitorului, propunem ca pe timpul cât durează situația incertă, respectiv de la data deschiderii procedurii și până când practicianul în insolvență reușește să cunoască situația economică a debitorului, prescripția să nu curgă, adică să fie suspendată. Suspendarea cursului prescripției extinctive, pe o perioadă de timp limitată, prevăzută de lege, va avea natura juridică a unui act de conservare, care va lucra în folosul debitorului și a tuturor creditorilor acestuia.

Tot o măsură cu caracter conservator, prin care se urmărește evitarea diminuării activului patrimonial și, în același timp, reîntregirea acestuia, este cea prevăzută de art. 115 din lege, care impune scutirea de taxe de timbru a tuturor acțiunilor introduse de administratorul judiciar sau de lichidator în aplicarea dispozițiilor prezentei legi, inclusiv pentru recuperarea creanțelor, inclusiv a operațiunilor de publicare în BPI a actelor de procedură emise de instanțele judecătorești sau de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar.

În mod similar, art. 96 stabilește că autoritățile care dețin sau ar putea să dețină informațiile solicitate de către practicianul în insolvență privind bunurile sau activitățile debitorului sunt obligate să elibereze informațiile solicitate fără a percepe eventualele taxe, onorarii sau comisioane, prevăzute de alte acte normative aferente acestor activități.

Suspendarea curgerii dobânzilor, a majorărilor și a penalităților, în temeiul art. 80, poate fi calificată și ca măsură cu caracter conservator, urmărind ca pasivul debitorului aflat în procedură să nu fie expus unor creșteri având o asemenea justificare. Regula înghețării valorii creanțelor bănești ar trebui să fie de aplicabilitate generală^[2], pentru orice creanță, indiferent de titular și de momentul ivirii, respectiv anterior sau ulterior deschiderii procedurii.

^[1] Facem precizarea că este vorba de suspendarea cursului prescripției acțiunilor în realizarea creanțelor debitorului împotriva terților, și nu de suspendarea cursului prescripției acțiunilor în realizarea creanțelor contra debitorului.

^[2] Pentru excepțiile de la regula înghețării creanțelor bănești, a se vedea Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, op. cit., p. 530 și urm.

68. Articolul 154 alin. (2) prevede că *lichidarea bunurilor din averea debitorului* va începe îndată după finalizarea de către lichidator a inventarierii și depunerea raportului de evaluare. Prin urmare, înainte de acest moment, bunurile debitorului – cu prioritate cele care nu sunt esențiale pentru reorganizare și/sau asupra cărora nu există cauze de preferință, pot fi vândute de către administrator/lichidator doar cu caracter de excepție, fără aprobarea creditorilor, având drept justificare acoperirea cheltuielilor de procedură sau insuficiența lichidităților, conform art. 39 alin. (6) și art. 153 alin. (3). În ambele situații, decizia de valorificare a acestor bunuri aparține practicianului în insolvență, fiind efectuată la minim valoarea de lichidare a acestora, stabilită de un evaluator și, respectiv, prin licitație publică, după evaluarea prealabilă, pornind de la valoarea de lichidare indicată de evaluator.

Procedura aplicabilă *valorificării bunurilor perisabile și a celor supuse deprecierii iminente* (cum legea nu face nicio precizare în acest sens) este lăsată de legiuitor la aprecierea practicianului în insolvență, care este pus în situația alegerii acelei proceduri de vânzare care se dovedește cea mai adecvată bunurilor, în funcție de valoarea lor, gradul de perisabilitate, contextul pieței, numărul de solicitanți etc., astfel încât să obțină cel mai bun preț, concomitent cu cele mai scăzute cheltuieli de conservare și vânzare pentru bunurile respective^[1].

Alături de aceste măsuri care privesc conservarea substanței bunurilor, administrator/lichidatorul poate lua și măsuri de *conservare a drepturilor debitorului*^[2], dintre care menționăm exemplificativ: formularea de obiecțiuni la creanțele depuse; urmărirea încasării creanțelor din averea debitorului, rezultate din transferul de bunuri sau sume de bani efectuate de acesta înaintea deschiderii procedurii; înscrierea de ipotecă; întreruperea unor prescripții care curg împotriva debitorului; exercitarea acțiunilor prin care sunt protejate drepturile menționate anterior.

Secțiunea a 3-a. Masa pasivă în procedura insolvenței

§1. Considerații generale

1.1. Noțiunea de masă pasivă

69. Acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență, urmare a insuficienței fondurilor bănești disponibile la un moment dat în vederea plății datoriilor ajunse la scadență, implică parcurgerea unui ansamblu complex de operațiuni de către participanții la procedura insolvenței, în vederea stabilirii exacte a pasivului neacoperit de debitor^[3].

În perioada interbelică, s-a arătat în doctrină^[4] că *masa credală* este dată de totalitatea creanțelor deținute împotriva averii debitorului. Doctrina acelor timpuri recunoștea că titularii creanțelor, reuniți în cadrul unei proceduri de faliment, prin scopul comun pe

^[1] R. Bufan, op. cit., p. 254.

^[2] C. Rotaru, op. cit., p. 12; R. Bufan, op. cit., p. 254-255.

^[3] Noțiunea de *masă pasivă* nu este utilizată expres de Codul insolvenței, ci numai cea de *masă credală*, în cadrul art. 5 pct. 67, art. 42 alin. (3), art. 84 alin. (2), art. 102 alin. (4), art. 109 alin. (3), alin. 118 alin. (3), alin. 121 alin. (1), art. 122 alin. (5), art. 123 alin. (11), art. 169 alin. (2), art. 188 și cea de *pasiv* în cadrul art. 2, art. 4 pct. 45, art. 84 alin. (2) și în cadrul articolelor care reglementează acțiunea în răspundere a membrilor organelor de conducere. În literatura de specialitate, cele trei noțiuni sunt însă folosite încă din perioada interbelică.

^[4] A se vedea, M. Pașcanu, op. cit., p. 398 și urm.

care îl urmăresc, formează o grupare organizată, numită *masă credală* și că administrarea unei proceduri de faliment era concentrată pe două direcții, astfel că, după deschiderea procedurii de faliment, în timpul perioadei preparatorii, administrația bunurilor falitului ce revenea în sarcina judecătorului-sindic urmărea ca obiective stabilirea masei credale și a masei active (numită și *masa falimentului*).

S-a susținut că acei creditori existenți în momentul pronunțării hotărârii privind deschiderea falimentului, după ce s-au supus verificării creanțelor, formează o colectivitate, numită masa credală, iar bunurile falitului formează o universalitate, cu o afecțatie specială, numită masa activă, sau masa falimentului. Această masă servește pentru achitarea masei credale^[1].

Actualmente, potrivit unor autori, totalitatea creditorilor participanți la procedura insolvenței formează o grupare organizată, numită masă credală^[2]. Alți autori au arătat că masa pasivă constituie totalitatea datoriilor comerciale și necomerciale existente în patrimoniul debitorului supus procedurii^[3]. În opinia altor autori^[4], masa pasivă constituie totalitatea creanțelor pe care creditorii concurenți le au împotriva debitorului. În această opinie, toți creditorii sunt virtuali participanți la masa credală, în sensul că au o vocație în acest sens, dar pentru ca ei să devină creditori concurenți trebuie să îndeplinească două condiții: să facă o cerere de admitere a creanțelor în termenul prevăzut de lege și să fie admiși în urma verificării creanțelor.

Actualmente, art. 5 pct. 19 din Codul insolvenței prevede că este îndreptățit să participe la procedură „acel titular al unui drept de creanță asupra averii debitorului, care a înregistrat o cerere de înscriere a creanței, în urma admiterii căreia acesta dobândește drepturile și obligațiile reglementate de prezenta lege pentru fiecare stadiu al procedurii”. Astfel, condiția pentru ca o persoană să fie îndreptățită să participe la procedură privește necesitatea *admiterii cererii de înscriere a creanței sale*.

Diferența dintre opiniile prezentate se circumscrie perspectivei de analiză a cauzelor pentru care debitorul a ajuns în stare de insolvență și constituie subiect central al procedurii:

- din perspectiva debitorului: acesta are un ansamblu de datorii comerciale, civile sau derivate din raporturile de muncă în patrimoniul său față de creditori;
- din perspectiva creditorilor: aceștia dețin un ansamblu de creanțe față de debitor și participă la satisfacerea lor prin aplicarea procedurilor.

Dacă, din prima perspectivă, avem în vedere masa pasivă din cadrul procedurii (ansamblul datoriilor debitorului), din cea de-a doua perspectivă, ne raportăm la masa credală^[5] (ansamblul creanțelor împotriva debitorului). Legătura dintre cele două ansambluri este realizată prin intermediul raportului juridic obligațional care unește datoria debitorului și creanța creditorului, semnificația ambelor demersuri în cadrul procedurii fiind aceeași: plata pasivului debitorului.

Literatura de specialitate recentă^[6] nu mai face vorbire în mod expres despre masa pasivă ca operațiune tehnico-juridică necesar de îndeplinit, deoarece procesul în sine

[1] Codul comercial adnotat, Ed. Tribuna Craiova, 1994, p. 460.

[2] R.I. Motica, L. Bercea, Drept comercial român, Ed., Lumina Lex, București, 2005, p. 403.

[3] R. Bufan, op. cit., p. 259.

[4] C. Rotaru, op. cit., p. 113.

[5] M. Pașcanu, op. cit, p. 318.

[6] I. Turcu, Falimentul. Actuala procedură, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 340; St.D. Cărpenaru, op. cit., p. 682 și urm.; O. Căpățână, Faza stabilirii masei pasive în procedura insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 9/1997, p. 31-32.

se regăsește în chiar prezentarea distinctă a etapelor parcurse în acest scop. Remarcăm caracterul imperativ impus de legiuitor în ceea ce privește existența și necesitatea desfășurării procesului de stabilire a masei pasive a debitorului aflat în procedura generală.

1.2. Caracterele și funcțiile procesului de stabilire a masei pasive

70. *Caracterele proprii demersului operațional de stabilire a masei pasive sunt*^[1]:

a) *Obligativitatea*. Cum plata pasivului debitorului reprezintă finalitatea oricărei proceduri de insolvență, legiuitorul a fost direct interesat în stabilirea etapelor și a măsurilor care trebuie aduse la îndeplinire în vederea determinării exacte a pasivului datorat și a criteriilor de repartizare a acestuia. Analizăm astfel libertatea creditorului doar în privința deciziei acestuia de a participa sau nu la procedura insolvenței. În caz afirmativ, rigoarea și exigențele legii se răsfrâng asupra deciziei creditorului, efectele acestei decizii fiind supuse astfel unor condiții imperative (termene, condiții de fond și de formă, ordine de prioritate etc.). Referitor la activitatea practicianului în insolvență, caracterul obligatoriu al procesului de stabilire a masei pasive se dovedește a fi mai conturat, numai dacă luăm în considerare atribuțiile sale privind acest proces.

b) *Unicitatea*. Derivă din faptul că în orice procedură de insolvență, indiferent de persoana debitorului supus procedurii, pot fi urmate numai și numai anumite etape determinate, fără posibilitatea de a se adăuga și altele. Nu putem vorbi de omisiunea de a fi parcursă o anumită etapă atunci când, din procedura insolvenței urmată în concret, nu reiese necesitatea parcurgerii acesteia. Astfel, dacă în urma înregistrării tabelului preliminar de creanțe nu se depune nicio contestație la acesta, practicianul în insolvență va proceda la înregistrarea tabelului definitiv de creanțe, fără ca prin aceasta să fie afectat caracterul unic al procesului de stabilire a masei pasive în respectiva procedură de insolvență.

c) *Complexitatea*. Stabilirea masei pasive necesită parcurgerea unui traseu, pe a cărui direcție se pot întâlni diferite „obstacole”, al căror efect impiedică asupra desfășurării cu celeritate a procedurii și, implicit, asupra stabilirii cuantumului pasivului debitorului (de exemplu, contestațiile împotriva tabelului preliminar de creanțe, acțiunile în reînregistrarea activului patrimonial etc.).

d) *Caracterul unitar*. Actele și operațiunile prevăzute în cadrul stabilirii masei pasive sunt concepute de legiuitor ca un ansamblu, integrat în mod structural și funcțional în cadrul procedurii insolvenței. Trecerea la o nouă etapă este condiționată de parcurgerea completă a etapei precedente.

e) *Caracterul prioritar*. Caracterul prioritar decurge din faptul că, sub aspect cronologic, desfășurarea acestui proces debutează imediat ulterior deschiderii procedurii de către judecătorul-sindic, constituind motiv, cauză, rezultat pentru participanți.

71. Demersul procedural de stabilire a masei pasive îndeplinește anumite funcții:

a) *Funcția de gestiune a datoriilor debitorului*. Tabelele de creanță reprezintă documente oficiale de gestiune a pasivului debitorului, ce conferă o imagine fidelă asupra tuturor datoriilor debitorului. Datele conținute sunt rezultatul înregistrării, prelucrării, studiului și sistematizării informațiilor obținute din cererile de admitere a creanțelor creditorilor sau înregistrate din oficiu. Se realizează analiza fiecărei creanțe înregistrate, practicianului în insolvență revenindu-i în mod expres obligația de verificare a acestora.

[1] Pentru detalii, a se vedea D.D. Moșiu, Stabilirea masei (...), p. 321.

Interesant de menționat în privința acestei funcții este faptul că analiza și rezultatul acesteia sunt elemente obligatorii în procedură, în sensul că practicianul în insolvență, indiferent de complexitatea raportului juridic obligațional în care este implicat debitorul, nu are alegerea în a pronunța sau nu o soluție în privința înscrierii, ci acesta *trebuie* să decidă fie înscrierea în tot, fie înscrierea în parte a respectivei creanțe. Mai mult decât atât, analiza de drept și de fapt pe care o face practicianul este întemeiată pe elementele și informațiile pe care le are la dispoziție sau la care are acces în mod rezonabil. Ca atare, dacă practicianul *motivează* soluția, fie de înscriere (în cazul unei contestații) fie de neînscriere, în tot sau în parte (prin notificarea motivată), trebuie să se considere – până la proba contrară – că a acționat în baza prezumției de bună-credință, pe baza informațiilor disponibile, conform dispozițiilor art. 182 alin. (3) din Codul insolvenței.

b) *Funcția de informare publică*. Prin tabelele de creanță întocmite, afișate și publicate, urmare a parcurgerii etapelor în vederea stabilirii pasivului patrimonial, se realizează aducerea la cunoștință participanților la procedură a situației fidele asupra ansamblului datoriilor debitorului, astfel încât fiecare creditor va fi în măsură să aprecieze asupra probabilității de satisfacere a propriei sale creanțe (aspecte de natură previzională). Insolvența debitorului și stadiul în care se găsește procedura insolvenței în care este angrenat acesta pot fi cunoscute din BPI nu numai de participanții la respectiva procedură, ci și de orice altă persoană interesată.

c) *Funcția de certificare oficială a sumelor distribuite*. Cum realizarea scopului legii presupune plata pasivului debitorului, înseamnă că toate datoriile acestuia vor trebui achitate în baza unor înscrisuri oficiale. Tabelele de creanțe întocmite de practicianul în insolvență în procesul de stabilire a masei pasive stau la baza elaborării programului de plată a creanțelor (exceptând eventualele reduceri ale creanțelor, în baza unui plan de reorganizare confirmat de către judecătorul-sindic, reduceri care rămân câștigate, adică sunt irevocabile, numai în cazul *reușitei* planului de reorganizare) și a planului de distribuire între creditori, ce constituie temeiul legal al distribuirii sumelor către aceștia.

1.3. Competența de stabilire a masei pasive

72. *Stabilirea masei pasive* (credale) reprezintă un demers complex, ce cuprinde un ansamblu de acte și operațiuni efectuate în condițiile legii de către persoane de specialitate, având ca finalitate plata datoriilor debitorului, determinate cantitativ^[1].

Competența în privința stabilirii masei pasive revine administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar, care beneficiază de contribuția activă a celorlalți participanți la procedura insolvenței (în special, creditorii debitorului). Nu poate fi ignorat rolul judecătorului-sindic în cadrul procesului de stabilire a masei pasive, prin atribuțiile de control asupra activității practicianului în insolvență și asupra proceselor și cererilor de natură judiciară aferente procedurii insolvenței.

Remarcăm inclusiv prezența debitorului în acest proces, prin obligația legală de a depune la dosarul cauzei, fie odată cu cererea de deschidere a procedurii, fie în termen de 10 zile de la de la deschiderea procedurii, potrivit art. 67 alin. (1) lit. c), respectiv art. 74 din lege, lista cu numele și adresele creditorilor, oricum ar fi creanțele acestora: certe

[1] Determinarea calitativă a datoriilor debitorului (originea fiecărei obligații în parte), în vederea plății acestora, nu prezintă relevanță la momentul stabilirii cuantumului total (masă pasivă). Aceasta prezintă însă importanță din perspectiva localizării creanțelor în tabelele de creanță sau, după caz, în planurile/rapoartele de distribuție, și anume creanțe salariale, bugetare etc.

sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință.

Responsabilitatea verificării și stabilirii cuantumului pasivului debitorului este dată, prin lege, practicianului în insolvență, chiar dacă la îndeplinirea atribuțiilor concrete privind stabilirea masei pasive, inclusiv în ceea ce privește realitatea informațiilor verificate de către practicianul în insolvență, contribuie și creditorii, precum și debitorul.

Considerăm că, în primul rând, asupra realității informațiilor declarate în cererea de admitere a creanței este responsabil creditorul. De altfel, această concepție este tradițională dreptului românesc al insolvenței, pentru că, sub imperiul Codului comercial, în care atribuția de *verificare a creanțelor* aparținea judecătorului-sindic (magistrat), cererea de admitere a creanței trebuia să cuprindă „afirmațiunea creditorului că, creanța sa este adevărată și reală^[1]”.

1.4. Aspecte de ordin sancționator

73. Potrivit art. 40 alin. (2) din Codul insolvenței, practicianul în insolvență trebuie să asigure efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de lege, precum și realizarea în condițiile legii a drepturilor și obligațiilor celorlalți participanți la aceste acte și operațiuni.

În momentul în care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar nu își îndeplinesc atribuțiile sau le îndeplinesc cu întârziere, atât pe cele prevăzute în mod expres în lege, cât și pe cele stabilite în sarcina lor de către judecătorul-sindic, *sancțiunile* care pot interveni sunt:

- *amenda judiciară* de la 1.000 RON la 5.000 RON în cazul în care aceștia, din culpă sau cu rea-credință, nu își îndeplinesc sau își îndeplinesc cu întârziere atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul-sindic, în baza art. 60 alin. (2); în situația în care se cauzează și un prejudiciu prin fapta comisă, la cererea oricărei părți interesate, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va putea fi obligat de către judecătorul-sindic la acoperirea acestuia, corespunzător dreptului comun;

- înlocuirea motivată, prin încheiere, a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar de către judecătorul-sindic, în baza art. 45 alin. (1) lit. f) coroborat cu art. 57 alin. (4);

- suspendarea măsurilor luate de practicianul în insolvență sau desființarea de către judecătorul-sindic a măsurilor ilegale luate de acesta, dacă au fost contestate de persoanele îndreptățite în termenul legal, în baza art. 59 alin. (7).

Alte sancțiuni în sarcina administratorului judiciar/lichidatorului judiciar pot interveni îndeosebi privind infracțiunile de bancrută simplă (art. 240 C. pen.); bancrută frauduloasă (art. 241 C. pen.); gestiune frauduloasă în variantă agravantă (art. 242 C. pen.); delapidare (art. 295 C. pen.); obstrucționarea justiției (art. 271 C. pen.).

De asemenea, în acest context merită subliniat faptul că sancțiuni corespondente pot fi stabilite și în sarcina creditorilor sau a debitorului, după caz. Astfel, infracțiunea de bancrută frauduloasă, întemeiată pe dispozițiile art. 241 alin. (1) lit. b) poate avea ca subiect activ și creditorul, iar, pe de altă parte, debitorul este pasibil de aceeași sancțiune în ipoteza îndeplinirii condițiilor prevăzute în lit. a) sau b).

^[1] M. Pașcanu, op. cit., p. 430. De altfel, acest autor arată că „Afirmațiunile mincinoase constituiesc infracțiunea reprimată prin art. 886, 2 Cod. com. În afară de aceasta, declarațiunile ce nu cuprind asemenea afirmații nu pot fi luate în considerație la verificarea creanțelor; însă declarații le pot completa”.

§2. Etapele parcurse în vederea stabilirii masei pasive

2.1. Aspecte introductive

74. Secțiunea a 4-a din Titlul II. Procedura insolvenței, Capitolul I. Dispoziții comune din Codul insolvenței se intitulază „Primele măsuri. Întocmirea tabelului de creanțe. Contestațiile”. Finalitatea comună a dispozițiilor legale cuprinse în această secțiune constă tocmai în stabilirea pasivului debitorului, ale cărei etape sunt: întocmirea listei creditorilor; notificarea privind înregistrarea creanțelor; menționarea deschiderii procedurii în registrele de publicitate; depunerea cererilor de admitere a creanțelor și verificarea acestora; întocmirea și înregistrarea tabelului preliminar al creanțelor și notificarea creditorilor ale căror creanțe sau drepturi de preferință au fost parțial sau total înlăturate; contestarea tabelului preliminar și soluționarea contestațiilor; întocmirea și înregistrarea tabelului definitiv^[1].

Întregul proces privind stabilirea pasivului patrimonial instituie operațiuni comune procedurii reorganizării judiciare și procedurii falimentului, indiferent dacă debitorul se găsește în procedura generală sau în cea simplificată. Acest aspect a fost evidențiat în doctrină^[2] imediat după apariția Legii nr. 64/1995, în forma sa inițială, arătându-se că procedura declarării, înregistrării și verificării creanțelor este o procedură unică, ce trebuie efectuată încă de la începutul procedurii, întrucât numai după stabilirea masei pasive și compararea ei cu masa activă se poate opta, după caz, pentru reorganizare sau lichidare.

De altfel, în sprijinul opiniei exprimate anterior, sunt relevante și prevederile Codului insolvenței, care în art. 100 alin. (1) lit. c), stabilește expres că *termenul de verificare a creanțelor* (ceea ce implică cu evidență și operațiunea privind declararea și înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor din partea creditorilor), având o anumită durată în cadrul procedurii generale și o alta în cadrul procedurii simplificate, curge de la unul și același moment, *comun* ambelor tipuri de proceduri, respectiv de la termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, potrivit art. 100 alin. (1) lit. b), și constituie punct de referință pentru calculul termenului de definitivare a tabelului – art. 100 alin. (1) lit. d).

Actualmente, sunt suficiente argumentele referitoare la intitularea secțiunii „Primele măsuri. Întocmirea tabelului de creanțe. Contestațiile” și la prezentarea cronologică a acestora în cuprinsul secțiunii.

2.2. Întocmirea listei creditorilor

75. Deși nu este specificată expres în cadrul „primelor măsuri” ca o operațiune distinctă, apreciem totuși că întocmirea listei creditorilor constituie unul dintre primii pași subsecvenți deschiderii procedurii, aceasta contribuind la crearea unei imagini corecte a tuturor obligațiilor patrimoniale ale debitorului, precum și a titularilor de creanțe împotriva debitorului, putându-se evalua gradul de îndatorare al debitorului și aprecia raportul dintre masa activă și masa pasivă^[3].

^[1] Intrarea în faliment a debitorului, tabelul suplimentar al creanțelor și tabelul definitiv consolidat al creanțelor vor fi tratate la procedura falimentului

^[2] I. Băcanu, Patru cărți despre procedura reorganizării și lichidării judiciare, în R.D.C. nr. 5/1996, p. 164; O. Căpățînă, Faza stabilirii masei pasive în procedura insolvenței comerciale, în R.D.C. 9/2007, p. 3-34.

^[3] I. Schiau, Regimul juridic (...), p. 25.

Având în vedere că deschiderea procedurii insolvenței are loc în baza hotărârii judecătorești-sindic^[1], ca urmare a cererilor efectuate de persoanele îndreptățite legal să introducă astfel de cereri la instanța competentă (debitorul, conform art. 66 și creditorii, potrivit art. 70)^[2], considerăm că se decelează din cuprinsul legii mai multe situații cu referire la lista creditorilor:

a) când procedura începe la cererea debitorului, acesta este obligat să depună la dosarul cauzei, alături de alte înscrisuri și documente, și o listă a numelor și a adreselor creditorilor, oricum ar fi creanțele acestora: certe sau sub condiție, lichide ori nelichide, scadente sau nescadente, necontestate ori contestate, arătându-se suma, cauza și drepturile de preferință, în baza art. 67 alin. (1) lit. c);

b) dacă procedura începe la cererea creditorilor, debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, alături de alte documente, și lista creditorilor^[3];

c) dacă debitorul nu a prezentat lista numelor și a adreselor creditorilor, precum și celelalte documente prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. a)-g), k), l) și m), odată cu cererea de deschidere a procedurii sau cel mai târziu până la termenul de judecată stabilit de judecătorul-sindic, cererea de deschidere a procedurii introdusă de debitor se va respinge în temeiul art. 67 alin. (2), cu excepția cazurilor prevăzute la art. 38 alin. (2) lit. c) și d), precum și a cazului în care cererea de deschidere a procedurii este formulată de lichidatorul numit în procedura de lichidare prevăzută de Legea nr. 31/1990.

În situația în care practicianul în insolvență are motive temeinice/suspiciuni în privința caracterului complet sau corect al listei creditorilor poate, pe cheltuiala averii debitorului, să angajeze, în condițiile legii, una sau mai multe persoane de specialitate care, folosind bilanțul, registrele contabile și documentele contabile și extracontabile ale debitorului, să o întocmească sau, după caz, să o corecteze, cu maximă urgență, în baza art. 61.

În legătură cu aceste situații se impun câteva precizări. Astfel, lista numelor și a adreselor creditorilor trebuie să cuprindă *toate* creanțele, indiferent dacă acestea sunt certe sau sub condiție, lichide sau nelichide, ajunse la scadență sau nu, acceptate sau nu de către debitor. Cerința legii se justifică prin aceea că este în sarcina practicianului în insolvență atribuția de a stabili legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe, iar în caz de contestare a unei creanțe sau a drepturilor de preferință ce o însoțesc este atributul judecătorești-sindic să clarifice fundamentul și valabilitatea fiecărei creanțe, în ședință contradictorie cu debitorul, creditorii săi și orice altă parte interesată, nefiind la latitudinea debitorului să aprecieze singur asupra creanțelor creditorilor săi.

Posibilitatea ca lista creditorilor și a creanțelor acestora împotriva averii debitorului oferită de către acesta din urmă să nu fie completă apare atât din cauze subiective, cât și obiective. Astfel, este posibil să nu fie regulat ținută contabilitatea de către debitor (mai ales în cazul societăților mici), să fie vorba despre creanțe care nu au fost stabilite printr-un înscris (contracte încheiate verbal sau telefonic) sau de facturi proformă

^[1] Cu privire la necesitatea și importanța deschiderii procedurii printr-o hotărâre judecătorească, a se vedea A. Capriel, op. cit., p. 25.

^[2] Alternativa autoinvestirii pentru deschiderea procedurii nu a fost reținută nici în concepția Legii nr. 85/2006 și nici în actuala reglementare a Legii nr. 85/2014, spre deosebire de procedura falimentului reglementată de Codul comercial. Asupra competenței de a solicita deschiderea procedurii în legislațiile altor țări, a se vedea I. Turcu, Deschiderea procedurii insolvenței comercianților, în R.D.C. nr. 11/2002, p. 17-18.

^[3] Potrivit art. 74, în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii, debitorul este obligat să depună la dosarul cauzei actele și informațiile prevăzute la art. 67 alin. (1).

ori facturi primite cu întârziere de către debitor pentru bunuri expediate sau servicii prestate acestuia de către creditorii etc.

Lista creditorilor interesează nu numai sub aspectul identificării persoanelor care au calitatea de creditor, în vederea notificării acestora cu privire la deschiderea procedurii insolvenței, ci, în aceeași măsură, prezintă relevanță suma, cauza și drepturile de preferință ale creanței respective. Nu înseamnă că dacă debitorul a arătat în lista depusă numele creditorilor, acesta și-a îndeplinit obligația conform legii, urmând ca restul atribuției să fie adusă la îndeplinire de către practicianul în insolvență.

Problema care se ridică este aceea a identificării creditorilor în situația în care procedura se deschide la cererea creditorului/ilor, iar debitorul nu își îndeplinește obligația prevăzută de art. 74. Pasivitatea sau reaua-credință a debitorului va fi suplinită prin prevederile art. 99, care instituie în sarcina administratorului judiciar obligativitatea comunicării notificării privind deschiderea procedurii și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii. Dacă creditorii cu sediul sau cu domiciliul în străinătate au reprezentanți în țară, notificarea va fi trimisă acestora din urmă. Notificarea privind deschiderea procedurii de insolvență se realizează conform prevederilor Codului de procedură civilă și se va publica, totodată, pe cheltuiuala averii debitorului, într-un ziar de largă circulație și în Buletinul procedurilor de insolvență.

76. De altfel, în vederea îndeplinirii *cerințelor de opozabilitate privind deschiderea procedurii insolvenței* față de orice persoană interesată, art. 42 alin. (1) și (3) prevede că citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI. Comunicarea citațiilor, a convocărilor și notificărilor către participanții la proces, al căror sediu, domiciliu sau reședință se află în străinătate, este supusă dispozițiilor Codului de procedură civilă coroborate cu prevederile Regulamentului (CE) nr. 1.346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, cu modificările și completările ulterioare, și ale Regulamentului (CE) nr. 1.393/2007 al Parlamentului European și al Consiliului din 13 noiembrie 2007 privind notificarea sau comunicarea în statele membre a actelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă sau comercială („notificarea sau comunicarea actelor”) și abrogarea Regulamentului (CE) nr. 1.348/2000 al Consiliului, după caz. Prin excepție de la aceste dispoziții legale, comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă.

Astfel, orice creditor poate obține informații privind eventuala stare de insolvență a debitorului său fie din Buletinul procedurilor de insolvență, fie dintr-un ziar de largă circulație, în situația în care nu este menționat de debitor în lista creditorilor pe care are obligația de a o depune la dosarul cauzei.

Ca măsură de garantare a caracterului transparent al procedurii insolvenței, în temeiul art. 42 alin. (3), creditorii care nu au fostificați potrivit prevederilor art. 99 alin. (3) sunt considerați de drept în termenul de depunere a cererilor de admitere a creanțelor, prin depunerea unei cereri de admitere la masa credală și vor prelua procedura în stadiul în care se află în momentul înscrierii lor la masa credală. Acest text legal constituie „o bună reparație” adusă creditorului „nelistat” de debitor în documentele depuse la dosarul cauzei.

La extrema cealaltă se plasează acei debitori care introduc o cerere de deschidere a procedurii de insolvență anterior apariției stării de insolvență (prematur), cu

rea-credință, situație pentru care art. 66 alin. (9) prevede incidența răspunderii patrimoniale a debitorului persoană fizică sau juridică, pentru prejudiciile pricinuite, alături de răspunderea penală^[1].

2.3. Notificarea privind înregistrarea creanțelor. Termene procedurale

77. Atribuțiile privind întocmirea și comunicarea notificării, fie în procedura generală, fie în procedura simplificată de faliment, revin prin excelență administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar. Obligația este dispusă în sarcina practicianului în insolvență de judecătorul-sindic, prin încheierea de deschidere a procedurii în temeiul art. 71 alin. (1) și (2), respectiv prin sentința de deschidere a procedurii în baza art. 73.

Potrivit art. 99 alin. (1) și (2), notificarea se comunică tuturor creditorilor menționați în lista depusă de debitor potrivit prevederilor art. 67 alin. (1) lit. c) ori, după caz, potrivit prevederilor art. 74, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori altor registre unde debitorul este înmatriculat/înregistrat, pentru efectuarea mențiunii.

Notificarea deschiderii procedurii se realizează potrivit prevederilor Codului de procedură civilă și se va publica, totodată, într-un ziar de largă circulație și în BPI.

Dacă există creditori care nu sunt menționați în lista creditorilor depusă de debitor^[2], față de care practicianul în insolvență este în imposibilitate obiectivă să își îndeplinească obligația privind comunicarea notificării deschiderii procedurii conform Codului de procedură civilă, devin incidente prevederile art. 42 alin. (3) teza finală, fiind considerați de drept în termenul de depunere a cererilor de admitere a creanțelor, caz în care vor prelua procedura în stadiul în care se află în momentul înscrierii lor la masa credală.

Notificarea deschiderii procedurii încunoștințează creditorii asupra acestui aspect, a faptului că pot face *oposiție la hotărârea de deschidere a procedurii* într-un anumit termen, precizat în notificare, și a termenului de soluționare a opozițiilor, precum și asupra posibilității de a depune declarație de creanță și condițiile de depunere a acesteia, inclusiv despre locul, data și ora primei ședințe a adunării generale a creditorilor.

Procedura privind soluționarea opoziției creditorilor la deschiderea procedurii este reglementată de art. 71 alin. (2), care prevede că acestea se înregistrează la tribunal în termen de 10 zile de la primirea notificării; judecătorul-sindic va ține, în termen de 5 zile, o ședință la care vor fi citați administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, debitorul și creditorii care se opun deschiderii procedurii, în urma căreia va soluționa deodată, printr-o sentință, toate opozițiile. Admițând opoziția, judecătorul-sindic va revoca încheierea de deschidere a procedurii.

78. Remarcăm situația privilegiată a *creditorului bugetar*, care spre deosebire de orice alt creditor, va lua la cunoștință despre intenția debitorului de a-și depune cererea de deschidere a procedurii anterior pronunțării încheierii de judecătorul-sindic prin dovada

^[1] V. Pașca, Considerații privind răspunderea patrimonială pentru declararea prematură sau tardivă a insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 1/2005, p. 26-32.

^[2] Dispoziția art. 42 alin. (3) teza finală înlătură orice interpretare doctrinară în legătură cu publicarea în BPI sau într-un ziar de largă circulație a notificării deschiderii procedurii. Soluția la care s-a oprit legiuitorul a fost avansată în doctrină încă sub imperiul Legii nr. 64/1995, autorul susținând că în situația în care creditorii care nu au fost notificați individual, aceștia sunt considerați de drept în termen pentru a-și depune cererea de admitere a creanței, până la încheierea procedurii. A se vedea, L. Șoitu, Stabilirea masei pasive a debitorului în procedura Legii nr. 64/1995, Simpozionul „Probleme actuale ale legislației insolvenței”, Brașov, 26-27 septembrie 2003, p. 2.

notificării organului fiscal competent, potrivit art. 67 alin. (1) lit. n), a cărei nedepunere nu este sancționată defel de legiuitor prin art. 67 alin. (2). Dacă cererea de deschidere a procedurii este formulată de creditor devin aplicabile dispozițiile art. 72 alin. (2), în baza cărora, în termen de 48 de ore de la înregistrarea cererii creditorului, instanța o va comunica debitorului și organului fiscal competent.

La prima vedere, s-ar putea susține că o astfel de cunoaștere, *a priori*, a formulării unei cereri privind deschiderea procedurii de insolvență, creează un regim juridic privilegiat în mod nejustificat creditorului bugetar. Cu toate acestea, principiul egalității nu presupune întotdeauna uniformitate, iar uneori, în situații diferite, se impune aplicarea unui tratament juridic deosebit. Mai mult decât atât, dacă avem în vedere numărul semnificativ de contribuabili a căror insolvență trebuie gestionată în mod corespunzător de către instituțiile bugetare specializate și că o nouă modificare legislativă adusă prin Codul insolvenței califică drept tardivă lipsa suplimentării cererii inițiale de admitere a creanței dacă aceasta nu a fost depusă într-un termen de 60 de zile de la deschiderea procedurii (timp în care organul fiscal efectuează controlul), am putea considera ca fiind justificată „asimetria” de tratament juridic dintre creditorul bugetar și celelalte categorii de creditori.

În concluzie, este cert că în ambele situații descrise mai sus, creditorul bugetar ia la cunoștință despre iminenta deschidere a procedurii insolvenței anterior deschiderii efective a acesteia.

79. Articolul 100 reglementează termenul și conținutul *notificării deschiderii procedurii*. Termenul limită privind comunicarea notificării deschiderii procedurii este de maxim 35 de zile de la deschiderea procedurii, în baza art. 100 alin. (1) care prevede că notificarea va fi comunicată creditorilor *de îndată* și, în orice caz, *cu cel puțin 10 zile înainte de împlinirea termenului limită pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor*.

Notificarea deschiderii procedurii insolvenței cuprinde:

a) termenul-limită de depunere, de către creditori, a opozițiilor la sentința de deschidere a procedurii, pronunțată ca urmare a cererii formulate de debitor, în condițiile art. 71 alin. (1), precum și termenul de soluționare a opozițiilor, care nu va depăși 10 zile de la data expirării termenului de depunere a acestora;

b) termenul-limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, care va fi de maximum 45 de zile de la deschiderea procedurii, precum și cerințele pentru ca o creanță înregistrată să fie considerată valabilă;

c) termenul de verificare a creanțelor, de întocmire și publicare în BPI a tabelului preliminar de creanțe, care nu va depăși 20 de zile pentru procedura generală sau, respectiv, 10 zile, în cazul procedurii simplificate, de la expirarea termenului prevăzut la lit. b);

d) termenul de definitivare a tabelului creanțelor, care nu va depăși 25 de zile în cazul procedurii generale și al celei simplificate, de la expirarea termenului corespunzător fiecărei proceduri, prevăzut la lit. c);

e) locul, data și ora primei ședințe a adunării creditorilor, care va avea loc în maximum 5 zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. c).

În funcție de circumstanțele cauzei și pentru motive temeinice, judecătorul-sindic va putea hotărî o majorare a termenelor prevăzute la alin. (1) lit. b), c) și e) cu maximum 30 de zile. După cum observăm, legiuitorul a uniformizat prin noua reglementare termenele prin care se puteau extinde termenele inițiale, de la 30, 15, respectiv 15 zile, conform

art. 62 alin. (2) teza finală din Legea nr. 85/2006, la unul singur, și anume 30 de zile. Este vorba, așadar, de o majorare cu maxim 30 de zile, care se aplică la *fiecare* dintre termenele prevăzute de lege, adică maximum 90 de zile.

Majorarea termenelor poate avea loc din motive de complexitate a cauzei, datorată obiectului de activitate al debitorului, numărului mare de creditori, ale căror sedii profesionale sunt situate pe o rază teritorială mai întinsă (și care nu și-au ales reprezentanți în țară), de necesitatea depunerii tabelului definitiv de creanțe împreună cu raportul de evaluare, acesta din urmă fiind încă în lucru etc.

Astfel, art. 100 alin. (1) stabilește cu claritate calendarul general al desfășurării unei proceduri de insolvență, creându-se premisele desfășurării cu celeritate a procedurii.

Obligația depunerii de către creditori a cererilor de admitere a creanțelor asupra averii debitorului incumbă acestora imediat după deschiderea procedurii de insolvență (maxim 45 de zile). Potrivit art. 145 alin. (4), după intrarea în faliment în procedura generală, dispozițiile art. 99-114 vor fi aplicate, dacă este necesar, în mod corespunzător, în ceea ce privește creanțele născute între data deschiderii procedurii și data intrării în faliment, precum și procedura de admitere a acestora.

Notificarea deschiderii procedurii stabilește același termen-limită privind înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor pentru procedura generală și procedura simplificată, precum și cerințele pentru ca o creanță înregistrată să fie considerată valabilă.

În situația în care are loc deschiderea procedurii generale, debitorul va intra în perioada de observație, a cărei durată maximă este de 12 luni calculate de la data deschiderii procedurii, conform art. 112 alin. (3). În scopul definitivării tabelului de creanțe și, implicit, al respectării duratei perioadei de observație, art. 112 alin. (3) teza finală acordă facultatea judecătorului-sindic de a declara creanțele sau drepturile de preferință contestate ca admise în tabelul de creanțe numai provizoriu, în baza art. 113 alin. (4).

2.4. Tipuri de creanțe. Depunerea și verificarea cererilor de admitere a creanțelor

2.4.1. Tipuri de creanțe

80. Reglementarea art. 102 alin. (1) și (3) obligă toți creditorii ale căror creanțe sunt anterioare datei deschiderii procedurii, cu excepția salariaților ale căror creanțe vor fi înregistrate de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar conform evidențelor contabile, la depunerea cererii de admitere a creanțelor în termenul fixat în hotărârea de deschidere a procedurii. Acestea se înregistrează într-un registru, păstrat la grefa tribunalului. În privința salariaților, administratorul judiciar va înscrie creanțele acestora din oficiu în tabelul preliminar al creanțelor.

Cererea de admitere a creanțelor trebuie făcută chiar dacă acestea nu sunt stabilite printr-un titlu. Prin *creanțe care nu sunt constatate printr-un titlu*, înțelegem orice creanță, de orice natură, care nu îndeplinește condițiile privind caracterul cert sau lichid^[1] (unul sau ambele), dar a căror existență poate fi probată conform legii.

De exemplu, creditorul unui contract de antrepriză de lucrări, la data deschiderii procedurii insolvenței față de debitorul-antreprenor, în condițiile în care termenul de predare a lucrării a expirat, nu are împotriva acestuia o creanță constatată printr-un titlu executoriu, singurele dovezi fiind înscrisul constator al contractului de antrepriză și

^[1] Pentru creanțele nescadente, legiuitorul prevede un text de lege distinct, respectiv art. 102 alin. (4).

actele emise în executarea acestuia (situații de lucrări, facturi, devize etc.). Creanța creditorului nu este certă, nu se cunoaște întinderea ei, întrucât existența ei neîndoielnică nu rezultă dintr-un titlu executoriu, înțeles ca fiind o hotărâre judecătorească sau arbitrală executorie, dar este lichidă, deoarece are un obiect determinat, fiind exprimabilă în bani.

Articolul 5 pct. 20 definește *creanța certă* ca fiind acea creanță a cărei existență rezultă din însuși actul de creanță sau și din alte acte, chiar neautentice, emenate de la debitor sau recunoscute de dânsul. Rațiunea acestei definiții a venit tocmai din necesitatea de clarificare a regimului juridic al „creanței certe”, în condițiile abrogării art. 379 alin. (3) CPC 1865 și al discuțiilor evidențiate pe marginea sferei de aplicare a art. 662 alin. (2) NCPC.

Raportat la creanțele care nu sunt constatate printr-un titlu, se ridică problema dovedirii acestora. Față de exprimarea legiuitorului, considerăm că este necesar ca dovada creanței să rezulte dintr-un act scris^[1], chiar dintr-un început de dovadă scrisă, completat cu alte înscrisuri probatoare. Necesitatea existenței înscrisului, în sensul de *instrumentum probationem*, pentru creanțele care nu sunt constatate prin titlu reiese expres din conținutul art. 105 alin. (1), care arată că toate creanțele sunt supuse procedurii de verificare, cu excepția creanțelor constatate prin hotărâri judecătorești executorii sau prin hotărâri arbitrale executorii. În plus, potrivit art. 104 alin. (2), la cererea de admitere a creanței se vor anexa documentele justificative ale acesteia și ale actelor de constituire de cauze de preferință, cel mai târziu în termenul stabilit pentru depunerea cererii.

În practica judiciară s-a decis^[2] că existența caracterului „cert” al creanței este dovedită din faptul coroborării mai multor mijloace de probă, cum ar fi situațiile financiare ale debitoarei și procesul-verbal de recunoaștere din partea acesteia. Astfel, s-a considerat că măsura neînscrisurii nu poate fi însușită de către judecătorul-sindic, atât timp cât lichidatorul judiciar în îndeplinirea mandatului legal conferit de lege avea posibilitatea să-i ceară informații suplimentare pretenției creditoare asupra izvorului creanței, și nu a respinge „*ab initio*” creanța.

81. Posesorii de titluri de valoare la ordin sau la purtător sunt obligați, de asemenea, să depună *cerere de admitere a creanțelor*, putând solicita practicianului în insolvență restituirea titlurilor originale și păstrarea la dosar a unor copii certificate de acesta, potrivit art. 104 alin. (3), aceștia fiind asimilați titularului unei creanțe ordinare.

Potrivit art. 102 alin. (4), *creanțele nescadente sau sub condiție la data deschiderii procedurii* vor fi admise la masa credală și vor fi îndreptățite să participe la distribuirea sume în măsura îngăduită de prezenta lege, iar art. 102 alin. (5) califică ca fiind sub condiție și acele creanțe a căror valorificare este condiționată de executarea în prealabil a debitorului principal.

Creanțele nescadente sunt cele care nu au caracter exigibil (fie obligația nu este ajunsă la scadență, fie debitorul nu este decăzut din beneficiul termenului). Creanțele afectate de un termen suspensiv (adică afectate de un eveniment viitor și sigur că se va produce) sunt creanțe nescadente. Creanțele sub condiție suspensivă (adică afectate de un eveniment viitor și nesigur că se va produce) nu există până la momentul îndeplinirii

[1] În același sens, a se vedea, I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței*, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 430.

[2] Trib. Constanța, s. com., sent. civ. nr. 2213/COM. din 19 aprilie 2010, irevocabilă prin respingerea recursului, în BPI.

condiției respective, însă potrivit art. 662 alin. (4) NCPC, pot participa, în condițiile legii, la distribuirea sumelor rezultate din urmărirea silită a bunurilor aparținând debitorului.

În consecință, potrivit art. 102 alin. (4), creanțele nescadente sau sub condiție suspensivă la data deschiderii procedurii (inclusiv creanțele a căror valorificare este condiționată de executarea în prealabil a debitorului principal) vor fi admise la masa credală și vor fi îndreptățite să participe la distribuire de sume „în măsura îngăduită de prezentul titlu”. Aceste categorii de creanțe vor fi înregistrate în tabelele de creanțe.

Creanțele nescadente la data deschiderii procedurii și creanțele sub condiție rezolutorie păstrează exercițiul dreptului de vot similar oricărei creanțe pure și simple, pentru întreaga creanță, participând la distribuire în măsura în care au devenit exigibile, în condițiile legii, respectiv dacă mai există urmare a neîndeplinirii condiției.

În schimb, în baza art. 102 alin. (4) și (5), deși înscrise la masa credală, creanțele sub condiție suspensivă și cele a căror valorificare este condiționată de executarea în prealabil a debitorului principal (asimilate creanțelor sub condiție suspensivă), nu au drept de vot și drept de distribuție decât după îndeplinirea condiției respective, prin raportare la „măsura îngăduită de prezentul titlu”. Aceste creanțe vor fi înregistrate în tabelele de creanță, dar cu mențiunea „sub condiție”, calificare care prezintă importanță pentru a fi deosebite de creanțele înscrise provizoriu la masa credală.

Considerăm că existența unui litigiu nu reprezintă, *de plano*, o justificare pentru calificarea unei creanțe ca fiind „sub condiție suspensivă”. Analiza trebuie aprofundată, în sensul înțelegerii dacă acel litigiu are, într-adevăr, efectul unei condiții suspensive în privința dreptului de creanță în sine. De exemplu, dacă un drept de creanță este supus unei căi de atac, iar în cadrul căii de atac (continuate de către debitorul insolvent) s-a obținut suspendarea hotărârii instanței de fond, care certificase existența dreptului de creanță, atunci afectarea dreptului de condiția suspensivă este justificată. În caz contrar, simpla existență a căii de atac nu conferă dreptului de creanță un caracter suspensiv *per se*.

82. Articolul 111 alin. (6) prevede că *acele creanțe care sunt înscrise provizoriu în tabelul de creanțe*, din dispoziția judecătorului-sindic, până la soluționarea contestațiilor formulate împotriva lor, vor avea toate drepturile prevăzute de lege (inclusiv dreptul de vot), cu excepția dreptului de a încasa sumele propuse spre distribuire. Acestea se vor consemna în contul unic până la definitivarea creanței.

În primul rând, trebuie observat că numai judecătorul-sindic este cel care stabilește caracterul provizoriu al înscrierii. Ca atare, este greșită modalitatea prin care unii practicieni întocmesc tabelele de creanță, prin menționarea – raportat la anumite creanțe – a regimului de „provizoriu”. În al doilea rând, determinarea stării de provizorat este justificată strict din perspectiva complexității probatoriului. Cu alte cuvinte, numai o astfel de argumentație poate să conducă la soluția înscrierii provizorii. În al treilea rând, din perspectiva noilor modificări aduse prin Codul insolvenței, soluția înscrierii provizorii va trebui încurajată tocmai din perspectiva respectării termenului aferent procedurii de observație, și anume 1 an, astfel cum am demonstrat în cele ce preced.

În legătură cu înscrierea provizorie, jurisprudența^[1] a stabilit că admisibilitatea unei înscrieri provizorii a dreptului de creanță impune stabilirea cuantumului acestui drept. Astfel, s-a considerat că, dacă temeinicia declarației de creanță ar trebui să se stabilească la momentul soluționării contestației, pentru înscrierea provizorie este necesară

[1] C.A. Constanța, s. com. maritimă și fluvială, cont. adm. și fisc., dec. nr. 487/COM, nepublicată.

determinarea întinderii creanței, iar neîntrunirea acestei condiții conduce la respingerea cererii de înscriere provizorie.

O aplicație particulară a *creanțelor sub condiție suspensivă* este realizată prin art. 102 alin. (8), care reglementează *creanța unei părți vătămate dintr-un proces penal*. Partea vătămată din procesul penal are obligația de a solicita înscrierea creanței sale în tabelul preliminar de creanțe, prin depunerea cererii de admitere a creanței. Practicianul în insolvență va dispune înscrierea creanței părții vătămate, ulterior verificării cererii de admitere și a documentelor justificative ce o însoțesc, sub condiție suspensivă, până la soluționarea definitivă a acțiunii civile în procesul penal în favoarea părții vătămate. Fiind înscrisă la masa credală sub condiție suspensivă, titularul creanței nu va avea drept de vot și nu va participa la distribuire decât după îndeplinirea condiției, ce constă în finalizarea acțiunii civile în cadrul procesului penal. În cazul în care acțiunea civilă în procesul penal nu se finalizează până la închiderea procedurii insolvenței, fie ca urmare a reușitei planului de reorganizare, fie ca urmare a lichidării, eventualele creanțe rezultate din procesul penal vor fi acoperite din averea persoanei juridice reorganizate sau, dacă este cazul, din sumele obținute din acțiunea în atragerea răspunderii patrimoniale a persoanelor ce au contribuit la aducerea persoanei juridice în stare de insolvență, potrivit prevederilor art. 169 și urm.

83. Creanțele anterioare deschiderii procedurii sunt acele creanțe care îndeplinesc exigențele legii în privința înscrierii lor la masa credală, debitorul obligându-se anterior deschiderii procedurii față de creditor în baza documentelor justificative. Articolul 102 alin. (1) din Codul insolvenței dispune că sunt creanțe anterioare și *creanțele bugetare* constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului.

Astfel, în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, organele de inspecție fiscală vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare. *Creditorii bugetari* vor înregistra cererea de admitere a creanței în termenul prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b) urmând ca, în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să înregistreze un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale, dacă este cazul.

În lipsa depunerii cererii de admitere a creanței în termenul legal al art. 100 alin. (1) lit. b), „suplimentul” depus de creditorul bugetar în ultimele 15 zile ale termenului de 60 de zile, nu se justifică, fiind nelegal.

84. Creanțele salariale sunt creanțele ce izvorăsc din raporturi de muncă și raporturi asimilate între debitor și angajații acestuia, fiind înregistrate din oficiu în tabelul de creanțe de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, în temeiul art. 5 pct. 18.

Sunt introduse aspecte cu caracter de noutate și în privința *creanțelor beneficiare ale unei cauze de preferință* (creanțele garantate din Legea nr. 85/2006), definite de art. 5 pct. 15 ca fiind acele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu și/sau de un drept de ipotecă și/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2347 NCC, și/sau de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință.

Creanțele care se nasc ulterior deschiderii procedurii insolvenței se numesc *creanțe curente* și aparțin creditorului curent. Articolul 5 pct. 21 definește creditorul cu creanțe curente sau creditorul curent, ca fiind acel creditor ce deține creanțe certe, lichide și exigibile, născute în timpul procedurii de insolvență și care are dreptul de a se achita cu prioritate creanța, conform documentelor din care rezultă. În consecință, creanțele curente sunt cele care se nasc după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare ori, corespunzător, după data deschiderii procedurii de faliment și care se plătesc conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală.

2.4.2. Depunerea și verificarea cererilor de admitere a creanțelor

85. Practicianul în insolvență are obligația de a supune *verificării*, în vederea înscrierii la masa credală, potrivit art. 102, toate creanțele anterioare deschiderii procedurii, indiferent dacă sunt sau nu constatate prin titlu, dacă sunt creanțe certe, lichide și exigibile sau creanțe afectate de modalități (termen sau condiție), condiționat de manifestarea de voință a titularului creanței, prin cererea de admitere a creanței depusă în condițiile legii. Oricărui creditor ce deține creanțe anterioare deschiderii procedurii îi revine obligația de a formula cerere de admitere a creanței sale.

Articolul 102 alin. (1) dispune ca *cererile de admitere a creanțelor* să fie depuse la tribunal (*s.n.* în dublu exemplar) și înregistrate într-un registru care se va păstra la grefa tribunalului. La cererea de admitere a creanței, vor fi anexate documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de cauze de preferință, cel mai târziu în termenul stabilit pentru depunerea cererii de admitere a creanței, inclusiv taxa judiciară de timbru, corespunzător dispozițiilor legale în vigoare. În acest moment, *prezumția de validitate a creanțelor* prezentate pentru a fi admise și înregistrate la grefa tribunalului, instituită de art. 102 alin. (9), devine activă. Răsturnarea prezumției are loc prin contestarea oricărei creanțe înregistrată la tribunal în vederea admiterii sale de către debitor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar sau creditorii.

Singura excepție de la regula potrivit căreia toți creditorii ale căror creanțe sunt anterioare datei deschiderii procedurii sunt obligați să depună cerere de admitere a creanței este instituită de legiuitor în favoarea salariaților. Legea dispune înscrierea din oficiu a *creanțelor salariale* în tabelul de creanțe. Documentele care servesc practicianului în insolvență în vederea înscrierii în tabel sunt registrele cu caracter contabil ale debitorului. Însă, în situația în care debitorul nu a întocmit documentele contabile potrivit legii sau refuză să le predea, practicianul în insolvență poate recurge la desemnarea unor persoane de specialitate (expert contabil), conform art. 61.

Singura problemă în această din urmă situație intervine în legătură cu necorelarea dispozițiilor legale, deoarece potrivit art. 100 alin. (1) lit. b), termenul limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor asupra averii debitorului, deci inclusiv a creanțelor salariale, va fi de maximum 45 de zile de la deschiderea procedurii, iar numirea și nivelul remunerațiilor persoanelor de specialitate va fi supusă aprobării comitetului creditorilor, cu excepția cazurilor în care se vor supune standardelor de cost stabilite de UNPIR, în cazul în care remunerația se va achita din fondul de lichidare constituit potrivit prevederilor art. 39 alin. (4). Or, locul, data și ora primei ședințe a adunării generale a creditorilor, care trebuie să se întrunească în condițiile legii în vederea desemnării comitetului creditorilor, este ulterioară termenului pentru afișarea tabelului definitiv de

creanțe. Ar însemna, conform dispozițiilor legii, că apelul practicianului în insolvență la persoanele de specialitate în scopul reconstituirii documentelor contabile ale debitorului s-ar putea realiza doar ulterior afișării tabelului definitiv de creanțe, ceea ce este tardiv față de cerința înscrierii în tabelul preliminar de creanțe a creanțelor salariale.

86. S-a înlăturat, în parte, controversa privind *creanța creditorului/creditorilor declanșatori*, deoarece art. 102 alin. (2) prevede expres că aceasta/acestea se înregistrează de administratorul judiciar, în baza documentelor justificative atașate cererii de deschidere a procedurii și în urma verificării, fără a fi necesară depunerea unei cereri de admitere. Din interpretarea acestui text de lege rezultă că înregistrarea creanței creditorului declanșator are loc ca urmare a verificării sale de către practicianul în insolvență, în baza documentelor justificative atașate cererii de deschidere a procedurii. Legiuitorul nu a soluționat expres problema din practica judiciară privind obligativitatea judecătorului-sindic de a stabili, prin analiza cererii de deschidere a procedurii, și celelalte aspecte privind creanța creditorului declanșator, în legătură cu cuantumul creanței sau stabilirea rangului de prioritate a acesteia. Cu toate acestea, verificarea creanței în legătură cu îndeplinirea sau nu a valorii-prag pune judecătorul-sindic în situația de a calcula cuantumul creanței și, implicit, de a-l menționa în cuprinsul hotărârii de deschidere a procedurii, procedura de verificare a creanței neputând face abstracție de natura creanței, aspect ce denotă și rangul acesteia.

În situația în care judecătorul-sindic va lăsa nelămurite anumite aspecte ce țin de creanța creditorului declanșator, o va face practicianul în insolvență în cadrul procedurii de verificare a creanțelor pe care o întreprinde.

Creditorul declanșator este obligat să depună cerere de admitere a creanței doar pentru accesoriile acumulate de la înregistrarea cererii și până la data deschiderii procedurii, conform art. 104 alin. (2) teza finală, cerere care va trebui timbrată în condițiile O.U.G. nr. 80/2013 privind taxele judiciare de timbru.

Potrivit art. 104 alin. (1), cererea de admitere a creanței va cuprinde: numele/denumirea creditorului, domiciliul/sediul, suma datorată, temeiul creanței, precum și mențiuni cu privire la eventualele cauze de preferință. La cerere vor fi anexate documentele justificative ale creanței și ale actelor de constituire de cauze de preferință. Practicianul în insolvență se plasează într-o poziție similară cu cea a judecătorului-sindic, fiind obligat să decidă dacă din documentele scrise prezentate de persoana care se înfățișează în calitate de creditor rezultă această calitate, inclusiv temeiul legal al creanței și suma datorată.

87. În privința *verificării cererilor de admitere a creanțelor* prezentate spre a fi admise și înregistrate la masa credală, art. 105-art. 110 stabilesc procedura de verificare a acestora, distingându-se două categorii de creanțe: creanțe supuse procedurii de verificare și creanțe exceptate de la această procedură.

Regula o constituie verificarea creanțelor, fiind instituită de art. 105 alin. (1), care dispune că toate creanțele vor fi supuse procedurii de verificare prevăzute de prezentul capitol.

Intrarea debitorului în procedura generală obligă practicianul în insolvență la verificarea creanțelor născute anterior intrării în procedura generală sau în procedura simplificată de faliment, în baza art. 105 alin. (1).

Intrarea debitorului din procedura generală în procedura falimentului, în temeiul art. 145 alin. (1) lit. C, obligă lichidatorul judiciar la verificarea tuturor creanțelor, inclusiv pe cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii sau, după caz, al căror quantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților făcute după deschiderea procedurii [art. 146 alin. (3)].

Intrarea debitorului în faliment prin procedura simplificată, în baza art. 92 alin. (4), obligă lichidatorul judiciar la verificarea tuturor creanțelor asupra averii debitorului, inclusiv pe cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii.

88. Constituie *exceptii* de la regula verificării creanțelor:

1. creanțele constatate prin hotărâri judecătorești executorii, precum și prin hotărâri arbitrale executorii [art. 105 alin. (1)];

2. creanțele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestate în termenele prevăzute de legi speciale [art. 105 alin. (2)];

3. creanțele admise în tabelul definitiv de creanțe [art. 146 alin. (3)].

Cu referire la *creanțele constatate prin hotărâri judecătorești executorii*, precum și prin hotărâri arbitrale executorii, legiuitorul arată că anularea, casarea sau modificarea acestora obligă practicianul în insolvență la *refacerea tabelului de creanțe* în mod corespunzător. Nu se precizează termenul în care trebuie îndeplinită obligația de refacere a tabelului de creanțe, dar textul legal permite refacerea tabelului de creanțe în orice stadiu al procedurii, până la data închiderii sale. Chiar dacă anumite sume de bani au fost distribuite către creditori, refacerea tabelului de creanțe în temeiul art. 105 alin. (1) dă naștere în mod corelativ obligației practicianului în insolvență de a recupera aceste sume, în temeiul *plății nedatorate* reglementate de art. 1341-1344 NCC.

Același regim juridic trebuie aplicat, pentru identitate de rațiune, și *creanțelor constatate prin titluri executorii*, a căror verificare nu se impune în temeiul autorității de lucru judecat, însă este posibil ca între timp debitorul să fi achitat parțial sau total datoria constatată prin acel titlu executoriu prin plată sau prin compensare, caz în care creanța va fi înscrisă numai pentru partea care nu a fost achitată. Sunt *titluri executorii*: hotărârile judecătorești executorii, hotărârile arbitrale executorii, actele autentificate de notarul public, cambia, cecul, biletul la ordin, contractele de asistență juridică ale avocaților etc.

Dacă însă creditorul care deține un titlu executoriu împotriva debitorului pretinde dobânzi, penalități sau majorări de întârziere după rămânerea irevocabilă a titlului și până la deschiderea procedurii, acestea nefiind înscrise în titlu, atunci administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar va verifica această parte a creanței, putând aprecia dacă pretențiile creditorului sub acest aspect sunt întemeiate sau nu.

89. Potrivit art. 105 alin. (1), în cazul în care instanța de judecată, anulând sau casând hotărârea, nu dezleagă și fondul dedus judecății, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar va proceda la verificarea acelei creanțe, notificând creditorii în cazul neînscriserii totale sau parțiale a creanței, potrivit prevederilor art. 110 alin. (4). Justificarea acestui text rezidă în faptul că admiterea unei căi de atac și reversarea cauzei către primul ciclu procesual se lovește de un impediment dirimant: suspendarea *ope legis* a acțiunilor în realizarea dreptului de creanță împotriva debitorului. Ne aflăm, cu alte cuvinte, în situația unei acțiuni în realizarea dreptului, câștigată în fond de către creditor, dar

față de care debitorul exercită și continuă calea de atac. În cadrul acestei căi de atac, pentru un anumit motiv, se dispune casarea sau anularea hotărârii inițiale, fără a se statua pe fondul dreptului, urmând ca judecata pe fond să fie refăcută. Numai într-o astfel de situație, ca efect al suspendării *ope legis*, practicianul în insolvență dobândește atribuția de a se pronunța pe fondul dreptului, putând să admită sau, după caz, să respingă respectiva creanță. Există, de asemenea, obligația practicianului de a notifica creditorului în discuție măsura respingerii, în tot sau în parte, a respectivei creanțe, calea de atac fiind aceea a contestației.

Împotriva măsurii înscriserii parțiale sau neînscriserii în tabel a respectivei creanțe, creditorii pot formula contestație în condițiile art. 59 alin. (5). Prin urmare, calea de atac nu se dovedește a fi contestația la tabelul de creanțe reglementată de art. 111 alin. (1), ci *contestația împotriva măsurilor luate de practicianul în insolvență* reglementată de art. 59 alin. (5). În acest din urmă caz, în temeiul legii, alături de debitor, creditor, practicianul în insolvență sau orice parte interesată – care dețin calitate procesuală activă în formularea contestației împotriva tabelului preliminar de creanțe, dobândește calitate procesuală activă și administratorul special al debitorului persoană juridică. Soluția este justificată din perspectiva faptului că situația creditorului respectiv a fost modificată față de momentul întocmirii tabelului preliminar, ca atare contestația vizează o măsură ulterioară acestuia.

Nu în ultimul rând, din modul de redactare a textului, rezultă că intenția legiuitorului în procedura de soluționare a acestei contestații a fost aceea de aplicare a prevederilor art. 59 alin. (6) și (7).

90. În privința *creanțelor bugetare* rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale, este evident că acestea nu sunt supuse verificării în procedura generală, în schimb, creanțele bugetare născute ulterior deschiderii procedurii de faliment (deci, când debitorul intră direct în procedura simplificată sau când debitorul intră din procedura generală în procedura de faliment) sunt supuse verificării.

Cu toate acestea, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar poate verifica și contesta calculul majorărilor sau penalităților de întârziere de după deschiderea procedurii și până la momentul plății efective. În practică, de cele mai multe ori organele statului au solicitat majorări sau penalități de întârziere și pentru perioada de după deschiderea procedurii, având ca temei prevederile fostului art. 60 alin. (7) din O.G. nr. 11/1996^[1], dar instanțele judecătorești au apreciat în mod constant că asemenea majorări sau penalități de întârziere pot fi contestate de administratorul sau lichidatorul judiciar, putând fi cenzurate de judecătorul-sindic^[2].

Nu în ultimul rând, *creanțele admise în tabelul definitiv de creanțe* dobândesc autoritate de lucru judecat, neputând fi înlăturate din tabel decât în urma admiterii unei contestații speciale, în temeiul art. 113.

Din punct de vedere procedural, art. 106 alin. (1) și (3) obligă practicianul în insolvență să procedeze de îndată la examinarea fiecărei cereri și a documentelor depuse și să efectueze o cercetare amănunțită pentru a stabili legitimitatea, valoarea exactă și

^[1] Potrivit acestui text de lege, în prezent abrogat, majorările sau penalitățile de întârziere curg până la data achitării efective în reorganizare sau, după caz, cel mult până la data intrării în faliment.

^[2] A se vedea, în acest sens, C.A. Craiova, dec. nr. 309/2000, 311/2000, 313/2000 și 424/2000, în N. Tănădăreanu, op. cit., p. 133, sau C.A. Cluj, dec. nr. 487/2000, în C.A. Cluj, B.J.C.P.J. 2000, vol. II, Ed. Lumina Lex,

prioritatea fiecărei creanțe. În vederea îndeplinirii acestei atribuții, el va putea solicita explicații de la debitor, va putea să poarte discuții cu fiecare creditor, solicitându-i, dacă consideră necesar, informații și documente suplimentare. Aceste prevederi au fost considerate a constitui, în mod tradițional, exercitarea unui *rol activ de către practicianul în insolvență*.

Activitatea de verificare asupra cererilor de admitere a creanțelor în vederea întocmirii tabelului preliminar de creanțe este realizată deopotrivă de administratorul judiciar, în cadrul procedurii generale, și de lichidatorul judiciar, în cadrul procedurii simplificate, când debitorul intră direct în faliment, potrivit art. 147 alin. (3).

Stabilirea *legitimității creanței* înseamnă constatarea de către practicianul în insolvență a justificării creanței creditorului, prin determinarea temeiului acesteia (faptul sau actul juridic din care a izvorât creanța), ca urmare a examinării cererii creditorului și a documentelor depuse de acesta. Legitimitatea creanței vizează îndreptățirea creditorului de a participa la masa credală, justificat de creanța sa împotriva averii debitorului, în temeiul dovezilor prezentate, stabilind astfel valabilitatea acestor documente^[1].

Cum legea dă în căderea practicianului în insolvență competența de a stabili legitimitatea creanțelor, în baza documentelor anexate la cererea de admitere a creanței depusă de creditor, acesta pare a se situa în poziția celui însărcinat de lege a judeca orice cerere depusă la instanța de judecată. Însă, practicianul în insolvență deține competența de a stabili legitimitatea creanței numai la nivelul primar al controlului asupra tuturor documentelor prezentate sau solicitate spre prezentare, de la debitor și creditor, în vederea stabilirii existenței și a îndeplinirii cerințelor minime pentru ca astfel de documente să poată constitui fundament sau temei al cererii de admitere a creanței. Practicianul în insolvență verifică, în fapt, cerințele privind valabilitatea sau nevalabilitatea documentelor depuse de debitor și creditor, rezultatul activității sale concretizându-se în faptul pozitiv al înscrierii creanței în tabel, în tot sau în parte, sau în faptul negativ al înlăturării respectivei creanței din tabel, în tot sau în parte. Prin aceasta, realizează atribuții ce corespund activității de judecată desfășurată de către judecătorul-sindic. Este însă adevărat că activitatea practicianului în insolvență este supusă controlului judecătorului-sindic, prin calea de atac a *conestației împotriva tabelului de creanțe* pusă de lege la dispoziția celui care se consideră nedreptățit.

Apreciem că prin reglementarea de către legiuitor a atribuției privind stabilirea legitimității creanței în sarcina practicianului în insolvență, legiuitorul a urmărit o degrevare a judecătorului-sindic de aceste sarcini, deoarece rezultatul verificărilor efectuate (înscrierea/înscrierea în parte/înlăturarea creanței și/sau similar în privința cauzelor de preferință ce însoțesc cererea de admitere a creanței) deschide calea contestației la tabelul preliminar de creanțe.

Prin verificarea documentelor, prin explicații, informații, discuții solicitate și purtate cu părțile implicate, practicianul în insolvență va stabili, în concret, dacă o anumită creanță este îndreptățită sau nu, și în ce măsură, să fie înscrisă în tabel. În fapt, considerăm că, deși practicianul în insolvență nu se situează pe o poziție similară cu cea deținută de judecătorul-sindic, totuși legiuitorul prin conferirea atribuției privind stabilirea legitimității creanței creditorului în sarcina acestuia, a urmărit ca acesta să constate, la nivel primar, îndeplinirea sau neîndeplinirea criteriilor de valabilitate de către creditor în privința creanței sale. Controlul rezultatelor activității de verificare și de înscriere în tabelul de

[1] Pentru un punct de vedere contrar, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 438-439.

creanțe, în situația când una din părți este nemulțumită, revine întotdeauna și în exclusivitate judecătorului-sindic.

Astfel, în urma activității de verificare desfășurată pentru a stabili legitimitatea unei creanțe, practicianul în insolvență poate ajunge la rezultatul că respectiva creanță se întemeiază pe un act lovit de nulitate, că este prescrisă, că actul care stă la baza ei este semnat de o persoană fără calitate, că a intervenit compensarea etc.

De altfel, cu caracter de noutate, dispozițiile art. 106 alin. (2) prevăd expres că, în cazul în care, prin derogare de la prevederile art. 2.512 și urm. NCC, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar constată că a intervenit *prescripția extinctivă* a creanței, va notifica în acest sens creditorul, fără a mai face verificări de fond ale creanței pretinse. Cu alte cuvinte, legiuitorul Codului insolvenței, raportat la regimul dispozitiv stabilit de noul Cod civil în materia prescripției, considerând că – în anumite circumstanțe, cum este și cea a verificării creanțelor – practicianul în insolvență exercită atribuții cu caracter jurisdicțional, a dorit lăsarea la îndemâna acestuia a posibilității invocării prescripției.

De asemenea, în cadrul procedurii de verificare a creanțelor, în practica judiciară s-a decis că administratorul poate invoca inclusiv *nulitatea contractului de garanție*^[1].

91. În funcție de rezultatul verificărilor, la care a ajuns eventual nu numai prin examinarea documentelor, ci și prin discuții cu creditorii și explicații de la debitor, creanța înscrisă în tot sau în parte ori înlăturată din tabel, se găsește în situația de a dobândi caracter definitiv prin neatacarea ei cu contestație din partea persoanei îndreptățite. Dacă creditorul sau debitorul a fost convins, cu argumente legale, de justetea temeiurilor furnizate de practicianul în insolvență care au dus la înscrierea sau înlăturarea din tabel a creanței, atunci judecătorul-sindic se vede degrevat de sarcina judecării unei contestații, ceea ce înseamnă indubitabil că practicianul în insolvență a stabilit valabilitatea sau nevalabilitatea documentelor în baza cărora a fost solicitată înscrierea creanței respective în tabel.

Valoarea exactă privește caracterul lichid al creanței, respectiv întreaga sumă datorată de debitor, formată din debitul principal, penalități, dobânzi etc., tot ceea ce se include în categoria *accesoriilor creanței*. Arătăm că astfel de accesorii se datorează numai dacă și în condițiile în care sunt prevăzute în documentele prezentate de cei interesați. Rămâne în sarcina practicianului în insolvență atribuția de a stabili existența și cuantumul efectiv al acestora, pe baza cărora va calcula valoarea exactă a creanței. Și în această situație practicianul în insolvență realizează o apreciere asupra dispozițiilor prevăzute în documentele justificative ale creanței, în sensul reținerii valabilității sau nevalabilității celor care privesc cuantumul concret și total al debitului.

Prin *prioritatea creanței* înțelegem existența unei *cauze de preferință* care însoțește creanța sau nu, în vederea stabilirii rangului de preferință și, implicit, a ordinii distribuirii sumelor, în conformitate cu art. 159 și art. 161. Practicianul în insolvență, în urma verificărilor efectuate, va stabili dacă este vorba de o creanță însoțită de o cauză de preferință, salarială, bugetară, chirografară etc., precum și poziția pe care se plasează creanța în cadrul ordinii de prioritate.

Scopul verificării este acela de a fi validate creanțele corecte, de a fi contestate creanțele incorecte sau nevalabile și de a se proceda la înscrierea creanțelor în tabelul

[1] A se vedea, dec. nr. 1546 din 22 octombrie 2002, C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., în I. Turcu, Falimentul. Actuala procedură (...), p. 346. Simpla înregistrare în arhivă nu atrage nulitatea gajului constituit fără respectarea condițiilor de validitate prevăzute de Codul comercial, între care și depozitarea debitorului.

preliminar^[1]. Mai mult, în practica judiciară s-a decis că procedura verificării creanțelor nu este o simplă operațiune de înregistrare a acestor creanțe, cu dreptul pentru părțile interesate de a ataca ulterior în justiție valabilitatea fie a creanțelor înseși, fie a privilegiilor care le garantează, ci constituie o adevărată procedură judiciară de valorificare a creanțelor, cu caracter contradictoriu și definitiv, opozabile oricăror contestații tardive, având deci autoritate de lucru judecat^[2].

S-ar putea considera că, în situația în care cererea de admitere a creanței este formulată pentru o anumită sumă, creditorul nedepunând însă acele documente care conferă creanței respective caracterul de creanță însoțită de cauză de preferință, contestația creditorului la tabelul preliminar de creanțe prin care solicită judecătorului-sindic calificarea creanței sale drept o creanță garantată, trebuie respinsă ca nelegală, deoarece creanța sa a fost supusă verificării de către administratorul judiciar sau lichidator, în cadrul căreia, din culpa creditorului concretizată în neprezentarea documentelor justificative, creanța sa nu a primit rangul de preferință deținut în realitate. În acest caz, procedura de verificare a creanței dobândește caracter definitiv, fiind opozabilă contestației introduse de creditor. Practicianul în insolvență a apreciat în mod corect valabilitatea creanței creditorului, prin calificarea ei ca și creanță chirografară. Situația menționată ar putea fi încadrată în ipoteza în care pierderea garanției derivă *ex lege*, și anume din neexercitarea în termen a cererii de admitere a creanței garantate, printr-o interpretare *ratio legis* a dispozițiilor art. 114 alin. (1) din Codul insolvenței.

În sens contrar, se pot aduce argumente în sensul că o astfel de soluție ar conduce la pierderea unui drept real și accesoriu de garanție printr-o altă modalitate decât cele considerate „clasice” în teoria generală a obligațiilor, și anume: stingerea obligației principale, dobândirea de către creditor a bunului grevat sau renunțarea expresă sau tacită a creditorului la garanție [art. 2.428 alin. (2) NCC]. Iar din punct de vedere procedural, devin aplicabile prevederile art. 194 lit. e) coroborat cu art. 470 alin. (4) NCPC, înscrisurile nearătate putând fi depuse inclusiv în fața instanței de apel.

Pe de altă parte, apreciem că alta este situația în care creditorul ar solicita înscrierea creanței sale ca fiind o creanță beneficiind de o cauză de preferință, însă practicianul în insolvență acceptă înscrierea sumei solicitate, dar fără luarea în considerare a rangului creanței, și anume aceea de creanță beneficiind de o cauză de preferință. În această situație, practicianul în insolvență, odată cu depunerea și publicarea tabelului preliminar, trebuie să notifice creditorului motivul înscrierii parțiale, și anume fără a beneficia de cauza de preferință invocată. Abia ulterior acestei notificări, creditorul urmează a formula contestație împotriva măsurii înscrierii parțiale, în caz contrar nefiind în măsură a cunoaște motivul înscrierii creanței sale la o altă ordine decât cea solicitată. În acest sens s-a pronunțat și jurisprudența, care a stabilit că scopul reglementării art. 72 alin. (4) din Legea nr. 85/2006 este ca acei creditori cărora cererea de înscriere a creanței nu le-a fost admisă așa cum a fost formulate să poată cunoaște această situație și să poată uza de calea specifică pentru a corecta măsura administratorului sau lichidatorului^[3].

92. Procedura legală impune ca declarația de creanță a creditorului să fie verificată mai întâi de către administratorul sau lichidatorul judiciar desemnat și numai apoi, în funcție de măsura luată de acesta, în sensul înscrierii sau nu în tabelul de creanțe, se

[1] Gh. Gheorghiu, op. cit., p. 185.

[2] C.C., dec. nr. 1528/1938, citată în V. Pătulea, C. Turianu, op. cit., p. 226.

[3] C.A. Galați, s. a II-a civ., dec. civ. nr. 760 din 2 decembrie 2013, nepublicată.

poate formula contestație, care atrage competența de soluționare a judecătorului-sindic, acesta urmând să se pronunțe prin sentință, și nu prin încheiere.

Sunt precizate reguli clare privind diferitele situații ce pot apărea în practica judiciară:

a) în privința creanțelor constând în obligații care nu au fost calculate în valoare monetară sau a căror valoare este supusă modificării, art. 107 alin. (1) dispune că se calculează de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar și se înscriu în tabelul de creanțe cu valoarea nominală pe care o aveau la data deschiderii procedurii. Eventualele contestații privind calculul făcut de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar pentru astfel de creanțe intră în competența judecătorului-sindic.

b) potrivit art. 107 alin. (2), creanțele exprimate sau consolidate în valută vor fi înregistrate în tabelul preliminar la valoarea lor în lei, la cursul Băncii Naționale a României existent la data deschiderii procedurii insolvenței.

c) creanța unui creditor cu mai mulți debitori solidari se înscrie, în temeiul art. 108, în toate tabelele de creanțe ale debitorilor cu valoarea nominală, până va fi complet acoperită. Toate tabelele vor fi actualizate corespunzător cu sumele distribuite. Modificarea corespunzătoare a tabelului de creanțe are loc dacă creanțele au fost stinse sau modificate, total sau parțial, publicându-se odată cu convocatorul adunării creditorilor și tabelul de creditori actualizat cu sumele stinse sau modificate în timpul procedurii. Creditorii vor putea contesta în aceleași termene și condiții și tabelul astfel publicat, odată cu contestarea procesului-verbal al adunării.

d) plata parțială a creanței, de la un codebitor sau fideiutor al debitorului, anterior înregistrării cererii de admitere a creanței creditorului, permite înscrierea acesteia numai pentru partea pe care nu a încasat-o încă, corespunzător art. 109. Creditorul are obligația de a raporta orice sumă încasată, în termen de 3 zile de la momentul încasării.

Dacă codebitorul sau fideiutorul este îndreptățit la restituire ori la despăgubire din partea debitorului pentru suma plătită, practicianul în insolvență va înscrie suma corespunzătoare restituirii/despăgubirii în tabelul de creanțe. În acest caz, creditorul comun are dreptul de a cere să i se plătească, până la achitarea integrală a creanței sale, cota cuvenită codebitorului sau fideiutorului, rămânând creditor al acestuia doar pentru suma neachitată.

Codebitorul sau fideiutorul debitorului, care pentru asigurarea regresului său are asupra bunurilor acestuia o cauză de preferință, concură la masa credală, pentru a face posibilă realizarea acestui drept, dar prețul obținut din vânzarea bunurilor grevate va fi atribuit creditorului, scăzându-se din suma ce este datorată.

e) art. 105 alin. (3) descrie pentru prima dată *procedura de înregistrare a creanțelor provenind din contractele de leasing*. Rezilierea contractului de leasing anterior datei deschiderii procedurii obligă practicianul în insolvență la înscrierea creanței creditorului-finanțator astfel:

- dacă dreptul de proprietate asupra bunului este transferat debitorului, finanțatorul dobândește ipotecă legală asupra bunului, având același rang de prioritate cu cel al operațiunii inițiale, fiind înregistrată în tabelul preliminar de creanțe conform prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 3 (alături de creanțele însoțite de cauze de preferință);

- dacă bunul rămas în proprietatea finanțatorului este recuperat, acesta va avea o creanță potrivit art. 161 pct. 8, dacă nu există alte bunuri care să confere titularului calitatea de creditor care beneficiază de o cauză de preferință, creditorul este îndreptățit

doar la încasarea diferenței dintre valoarea întregii creanțe și valoarea de piață a bunurilor ce fac obiectul contractului de leasing stabilită de un evaluator independent;

– dacă bunul recuperat de creditorul finanțator a fost supus valorificării până la data întocmirii tabelului preliminar al creanțelor, prețul obținut din vânzarea bunului se deduce din totalul creanței de înregistrat.

93. În temeiul art. 105 alin. (4), *contractul de leasing financiar* în derulare la data deschiderii procedurii și menținut, în condițiile art. 123 alin. (12), obligă practicianul în insolvență să plătească *creanțele curente* la scadență, fără a fi înscrise în tabelul de creanțe. Ratele anterioare deschiderii procedurii neachitate de debitor urmează regimul juridic privind înregistrarea în tabelul de creanțe prevăzut de art. 105 alin. (3) lit. a), corespunzător creanțelor prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 3.

Plata în întregime a creanțelor curente și a celorlalte obligații născute după deschiderea procedurii determină transferul dreptului de proprietate către debitor asupra bunului ce face obiectul contractului de leasing financiar, iar pentru ratele anterioare înscrise în tabel, finanțatorul dobândește concomitent o ipotecă legală asupra bunului respectiv, având rang egal cu cel al operațiunii de leasing inițiale.

Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar notifică finanțatorul cu privire la faptul că a operat transferul dreptului de proprietate și efectuează mențiunea în registrele de publicitate relevante cu privire la menținerea rangului creanței finanțatorului.

Aceste noi reglementări în materia modalității de înscriere a creanțelor nu fac decât să valideze anumite soluții jurisprudențiale considerate corecte, din perspectiva drepturilor conferite finanțatorilor în contractele de leasing.

Astfel, în practica judecătorească^[1] s-a considerat că sancțiunea daunelor-interese reprezentând valoarea totală a ratelor de leasing, concomitent cu predarea bunului, este excesivă. Astfel, a fost argumentat în sensul că o astfel de clauză nu este aptă să producă efecte juridice, întrucât se instituie în sarcina debitoarei o răspundere pentru neexecutarea contractului care nu are nicio legătură cu prejudiciul efectiv suferit, conducând practic la o îmbogățire fără just temei.

94. În concluzie, activitatea de *verificare a creanțelor* este realizată de:

a) administratorul judiciar, în temeiul art. 105 alin. (1), în cadrul procedurii generale de insolvență, privind creanțele anterioare deschiderii procedurii;

b) lichidatorul judiciar, în temeiul art. 146 alin. (3), în cazul intrării în faliment în procedura generală, privind toate creanțele asupra averii debitorului, inclusiv cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii sau, după caz, al căror quantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților făcute după deschiderea procedurii;

c) lichidatorul judiciar, în temeiul art. 147 alin. (3), în cazul intrării în faliment prin procedura simplificată, privind toate creanțele asupra averii debitorului, inclusiv cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii.

95. În legătură cu *creanțele prezentate pentru a fi admise și înregistrate la grefa tribunalului*, art. 102 alin. (9) instituie prezumția de valabilitate și corectitudine a acestora, prezumție care rămâne activă până la momentul introducerii unei contestații de către debitor, administratorul judiciar sau de către ceilalți creditori. Pe de altă parte,

^[1] C.A. Alba Iulia, dec. nr. 921 din 17 noiembrie 2010, nepublicată.

dispozițiile art. 111 alin. (1) prevăd că debitorul, creditorii și orice altă parte interesată vor putea să formuleze *contestații față de tabelul de creanțe*, cu privire la creanțele și drepturile trecute sau, după caz, netrecute de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar în tabelul preliminar de creanțe.

Spre deosebire de vechea reglementare [(art. 66 alin. (3) și art. 73 alin. (1)], actualul art. 111 alin. (1) prevede expres că partea interesată poate formula contestație fie cu privire la creanțele și drepturile trecute, fie cu privire la creanțele și drepturile netrecute de practicianul în insolvență în tabelul de creanțe. În legătură cu dreptul practicianului în insolvență de a formula contestație împotriva tabelului preliminar de creanțe – act procedural ce emană chiar de la acesta, rămân valabile observațiile doctrinare^[1] constând în faptul că, dacă înregistrarea sau neînregistrarea sunt apreciate de cel interesat că nu s-au făcut corect, acesta are, potrivit art. 73 alin. (1) [actual art. 111 alin. (1)], dreptul să formuleze contestație tocmai la ceea ce practicianul în insolvență a verificat, astfel că este exclus că putem discuta de o contestație a acestuia din urmă la modul de îndeplinire a unei atribuții care chiar lui îi revine și care poate fi contestată, dacă nu a fost îndeplinită corect, de către cei interesați (debitorul insolvent, creditorii).

Calea de atac împotriva creanțelor și a drepturilor de preferință trecute în tabelul de creanțe de către practicianul în insolvență cunoaște un dublu grad de jurisdicție, fiind dată de lege sub forma contestației la tribunal și a apelului împotriva hotărârii judecătorești-sindic la curtea de apel.

2.5. Tabelul preliminar al creanțelor

96. Potrivit art. 110 alin. (1), ca rezultat al verificărilor făcute, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va întocmi și va înregistra la tribunal un tabel preliminar cuprinzând toate creanțele împotriva averii debitorului, născute înainte de data deschiderii procedurii și acceptate de către administratorul judiciar în urma verificării acestora, precizând că sunt: scadente sau nescadente, sub condiție sau în litigiu. În tabel vor fi menționate atât suma solicitată de către creditor, cât și suma acceptată și rangul de prioritate, iar în situația creditorului aflat în procedura insolvenței se va arăta și administratorul judiciar/lichidatorul judiciar desemnat. În cazul procedurii simplificate, în acest tabel se vor înregistra și creanțele născute după deschiderea procedurii și până la momentul intrării în faliment^[2].

La *creanțele care beneficiază de o cauză de preferință*, art. 110 alin. (2) obligă a se menționa titlul din care izvorăște dreptul de preferință, rangul acesteia și, dacă e cazul, motivele pentru care creanțele au fost trecute parțial în tabel sau au fost înlăturate.

Tabelul preliminar de creanțe nu cuprinde toate creanțele împotriva averii debitorului, care au format obiectul cererilor de admitere înregistrate de creditor la tribunal, ci doar pe acelea care, urmare a procedurii de verificare la care au fost supuse, practicianul în insolvență a apreciat că îndeplinesc condițiile legale pentru a putea fi înscrise în tabel. Se observă că acele creanțe care, urmare a verificărilor, nu au fost apreciate de practicianul în insolvență ca îndeplinind condițiile legale nu sunt înscrise deloc în tabelul preliminar de creanțe, fiind înlăturate total din tabel (de exemplu, în cazul unei creanțe prescrise). Pentru aceste creanțe, creditorii care au formulat cerere de admitere a

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 436-437.

^[2] Art. 110 alin. (1) conține o eroare tehnică de redactare, în sensul că mențiunile din tabelul preliminar de creanțe sunt arătate de art. 5 pct. 69 (și nu de art. 5 pct. 68).

creanței vor primi o notificare din partea practicianului în insolvență, în care vor fi informați asupra motivelor în temeiul cărora creanțele lor au fost înlăturate din tabel. Afirmația își păstrează valabilitatea și în legătură cu drepturile de preferință care însoțesc creanța, în sensul că nici acestea nu pot fi înscrise în vreo modalitate.

Cu toate acestea, orice înscriere parțială sau orice înlăturare a unei creanțe ce a fost prezentată pentru a fi admisă la masa credală ar trebui să fie însoțită de *motivele* pentru care practicianul a luat o astfel de decizie, în mod public, în cuprinsul tabelului preliminar de creanțe (nu numai pentru creanțele care beneficiază de o cauză de preferință). Din acest punct de vedere, cele două categorii de creanțe nu justifică un tratament diferit, motivele practicianului servind părții interesate (alta decât creditorul respectiv) în formularea contestației la tabelul preliminar de creanțe. Deși aceste motive sunt comunicate în temeiul art. 110 alin. (4) creditorului în cauză, prin intermediul notificării sale, ele nu vor putea fi cunoscute de ceilalți creditori sau de către debitor.

Tocmai de aceea, interpretarea pe care o oferim în această materie este ca în Buletinul procedurilor de insolvență să fie publicate, pentru a fi cunoscute, atât tabelul în discuție, cât și notificările prin care se resping, în tot sau în parte, anumite creanțe, tocmai pentru a se oferi un maxim de transparență în ceea ce privește gestionarea actelor procedurale esențiale procedurii.

Dincolo de contestația posibil de introdus împotriva neînscrierii sau înscrierii parțiale în tabel, această măsură a practicianului produce consecințe juridice. În temeiul art. 5 pct. 19, respectivul creditor nu dobândește calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură și nu va avea drepturile și obligațiile reglementate de lege pentru fiecare stadiu al procedurii. Calitatea de creditor încetează ca urmare a neînscrierii sau a înlăturării din tabelele creditorilor întocmite succesiv în procedură.

97. Din aceste considerente creditorul păstrează dreptul de a *contesta tabelul preliminar de creanțe*, iar nu doar neînscrierea propriei sale creanțe din tabel, și în privința modului de înscriere/neînscriere și a altor creditori participanți la procedură. Tocmai de aceea, notificarea creditorilor neînscriși/înscriși parțial în tabel trebuie să se realizeze prin BPI, odată cu publicarea tabelului, iar contestația acestui creditor trebuie să respecte termenele prevăzute de art. 100, menționate în hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței.

Practicianul în insolvență va înregistra în tabelul preliminar toate creanțele împotriva averii debitorului care îndeplinesc cerințele legii pentru a putea figura în tabel, precizând pentru fiecare creanță categoria din care face parte: scadente sau nescadente, sub condiție sau în litigiu^[1]. În același timp, pentru fiecare creanță înscrisă în tabel, practicianul în insolvență este obligat să menționeze numele/denumirea creditorului, suma solicitată de creditor și suma acceptată. Pentru *creanțele care beneficiază de o cauză de preferință*, potrivit art. 110 alin. (2), se vor arăta titlul din care izvorăște garanția și rangul acesteia, inclusiv motivele pentru care creanțele au fost trecute parțial în tabel sau au fost înlăturate.

În procedura generală, tabelul preliminar de creanțe al oricărui debitor cuprinde toate creanțele născute anterior datei deschiderii procedurii. În procedura simplificată de faliment, tabelul preliminar de creanțe va cuprinde și creanțele născute după data deschiderii procedurii de insolvență și până la momentul intrării în faliment.

^[1] Din perspectiva tabelului preliminar de creanțe, creanțele împotriva averii debitorului pot fi: chirografare, însoțite de cauze de preferință, cu priorități, sub condiție sau nescadente.

98. Pentru anumite tipuri de *creanțe* s-au stabilit prin lege *reguli speciale de înscriere*, pentru examinarea și determinarea valorii creanțelor creditorilor și a sumelor care urmează a fi distribuite acestora, potrivit rangului de prioritate al creanțelor lor^[1].

Astfel, potrivit art. 103, creanțele chirografare și părțile negarantate ale creanțelor însoțite de o cauză de preferință, care nu sunt scadente la data înregistrării cererii de admitere, vor fi înscrise în tabelul de creanțe cu întreaga lor valoare, însă, în cursul falimentului, orice distribuire de sumă pentru astfel de creanțe se va face cu observarea dispozițiilor art. 163 alin. (1) și (2):

- în ordinea prevăzută de art. 161, titularii creanțelor dintr-o categorie vor primi sume numai după deplina îndeplinire a titularilor de creanțe din categoria ierarhic superioară;

- dacă suma disponibilă este insuficientă pentru întreaga categorie a valorii creanțelor cu același rang de prioritate, creditorii vor primi o cotă falimentară, reprezentând suma proporțională cu procentul pe care creanța lor îl deține din valoarea însumată a creanțelor din acea categorie.

Articolul 103 se referă însă numai la creanțele chirografare și la părțile negarantate ale creanțelor însoțite de o cauză de preferință, ca specii în cadrul genului creanțelor chirografare nescadente, text care are caracter de dispoziție specială, dat fiind că se referă doar la o categorie de creanțe. Textul trebuie raportat însă la dispoziția cu caracter de principiu, conținută în art. 102 alin. (4), care prevede că toate creanțele nescadente (beneficiare ale unei cauze de preferință sau nu) la data deschiderii procedurii vor fi înscrise la masa credală și vor participa la distribuire în măsura în care celelalte texte de lege permit.

Deși între cele două texte pare a exista o necorelare, totuși s-a apreciat că ele se completează, astfel încât creanțele care au devenit scadente până la data cererii de admitere vor fi înscrise cu titlu de creanțe definitive la masa pasivă; în mod similar, creanțele care vor deveni scadente după această dată vor fi admise la masa pasivă, cu întreaga lor valoare^[2], participând la distribuire în măsura îngăduită de lege.

În categoria *creanțelor chirografare, negarantate* sau pentru părțile negarantate ale creanțelor garantate, scadente sau nescadente, se includ și acele creanțe însoțite de garanția personală a *fidejusiunii*, deoarece în concepția legii, *cauzele de preferință* sunt doar privilegiile, ipotecile și gajul (art. 2327 NCC). Creanța beneficiază de o cauză de preferință dacă este însoțită de o *garanție reală* asupra bunurilor din patrimoniul debitorului. Creanța este chirografară dacă poartă asupra întregului patrimoniu al debitorului, care constituie gajul general al tuturor creditorilor în accepțiunea art. 2324 alin. (1) NCC, iar creditorul chirografar este acel creditor înscris în tabelele de creanțe care nu beneficiază de o cauză de preferință. Sunt creditorii chirografari și creditorii care beneficiază de cauze de preferință, ale căror creanțe nu sunt acoperite în totalitate de valoarea privilegiilor, a ipotecilor sau a gajurilor deținute, pentru partea de creanță neacoperită.

Prin raportare la clasificarea creanțelor în funcție de criteriul însoțirii acestora de garanții sau neînsoțirii lor de garanții, obținem două categorii: creanțe beneficiare ale unei

[1] M.N. Costin, I. Schiau, T. Prescure, Reorganizarea și lichidarea judiciară. Analiză de legislație și doctrină, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 84-85.

[2] Pentru analiza diferențelor dintre creanțele nescadente, pe de o parte, și creanțele negarantate și părțile negarantate ale creanțelor parțial garantate, pe de altă parte, a se vedea N. Tândăreanu, Particularități ale înscrierii unor creanțe la masa pasivă a debitorului aflat în insolvență și ale distribuirii în cazul acestora, în R.D.C. nr. 10/2004, p. 46-47.

cauze de preferință și creanțe chirografare. Importanța acestei clasificări rezidă în aceea că prima categorie, adică creanțele însoțite de o cauză de preferință, beneficiază de o poziție privilegiată în ceea ce privește satisfacerea acestora din valoarea bunului afectat garanției.

99. În ceea ce privește *distribuirea sumelor obținute din valorificarea bunurilor din averea debitorului* în cadrul procedurii de faliment, indiferent de forma de procedură în cadrul căreia s-a intrat în faliment, aceasta se va efectua cu respectarea art. 159 și 161. Deși *creanțele chirografare* și părțile negarantate ale creanțelor însoțite de o cauză de preferință, care nu sunt scadente la data înregistrării cererii de admitere, vor fi înscrise în tabelul de creanțe cu întreaga lor valoare, acestea nu vor participa la nicio distribuire de sume dacă, până la momentul distribuirii efective a sumelor, scadența acestor creanțe nu se va fi împlinit.

Pe de altă parte, în privința *creanțelor beneficiare ale unei cauze de preferință*, art. 103 prevede că acestea se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea de piață a garanției stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, efectuată de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61. Chiar dacă creditorul a cărui creanță este însoțită de o cauză de preferință solicită înscrierea în tabelul preliminar de creanțe la valoarea declarată în cuprinsul actului de creanță și chiar dacă practicianul în insolvență dispune înscrierea în tabel la această valoare sub condiția finalizării raportului de evaluare obligatoriu de efectuat în astfel de situații, în tabelul definitiv de creanțe, creditorul va fi înscris cu două valori: prima va corespunde valorii de piață a garanției stabilită prin evaluare (caz în care este vorba de o creanță beneficiară a unei cauze de preferință), iar cea de-a doua va corespunde actului de creanță (caz în care este vorba de o creanță chirografară, valoare care apare în situația în care este mai mare decât prima).

În cazul în care valorificarea activelor asupra cărora poartă cauza de preferință se va face la un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv sau în tabelul definitiv consolidat, diferența favorabilă va reveni tot creditorului garantat, chiar dacă o parte din creanța sa fusese înscrisă drept creanță chirografară, până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor ce se vor calcula conform actelor din care rezultă creanța, până la data valorificării bunului. Această prevedere se aplică și în cazul eșuării planului de reorganizare și vânzării bunului în procedura de faliment.

100. Potrivit art. 107 alin. (1), *creanțele constând în obligații care nu au fost calculate în valoare monetară* sau a căror valoare este supusă modificării vor fi calculate de către administratorul judiciar/lichidator și înscrise în tabelul de creanțe cu valoarea nominală pe care o aveau la data deschiderii procedurii.

Deși legea nu definește creanțele ce constau în obligații care nu au fost calculate în valoare monetară, este vorba de acele obligații ale debitorului, care potrivit legii sau convenției, nu au fost exprimate în bani: obligații de a face, obligații de întreținere ale debitorului persoană fizică, obligații rezultate dintr-un contract de schimb sau de închiriere etc. Printre obligațiile debitorului a căror valoare este supusă modificării, menționăm: obligații izvorâte din contracte bursiere cu scadența în viitor, obligații supuse modificării datorită diferențelor de curs valutar, obligații ce izvorăsc din contracte de întreținere, de locațiune etc.

Practicianul în insolvență va calcula valoarea unor astfel de creanțe, stabilind-o prin raportare nu la data încheierii respectivului contract, care a dat naștere obligației debitorului, ci la data deschiderii procedurii insolvenței față de debitor. Înscrierea unor astfel de creanțe în tabelul preliminar se va face la valoarea nominală pe care o aveau la data deschiderii procedurii față de debitorul insolvent, prin raportare la documentele deținute de creditor care constată drepturile sale. Nu este exclus ca astfel de documente să se găsească și în patrimoniul debitorului, în corespondență cu actele creditorului.

Practicianului în insolvență îi revine fie obligația de a cuantifica valoarea acestor drepturi ale creditorului, din moment ce nu au fost calculate/apreciate de către părți în valoare monetară, fie obligația de a actualiza valoarea creanțelor.

Judecătorul-sindic va decide asupra oricărei contestații împotriva calculului făcut de administratorul judiciar sau de lichidator pentru astfel de creanțe. Calitate procesuală activă în acest scop o poate deține oricare dintre creditor, administratorul special sau orice parte interesată, potrivit art. 111 alin. (1).

Potrivit art. 107 alin. (2) din Codul insolvenței, *creanțele exprimate sau consolidate în valută* vor fi înregistrate la valoarea lor în lei, la cursul Băncii Naționale a României existent la data deschiderii procedurii. În prezent, nu (mai) există nicio posibilitate legală pentru a înscrie o creanță în valută în tabelul de creanță al debitorilor supuși prevederilor acestei legi, indiferent de natura creanței ori de numele creditorului.

101. Potrivit art. 108 alin. (1), o *creanță a unui creditor cu mai mulți debitori solidari* va fi înscrisă în toate tabelele de creanțe ale debitorilor cu valoarea nominală, până va fi complet acoperită. Nicio reducere a sumei creanței prevăzute în tabelul de creanțe nu va fi făcută în vreunul dintre tabelele de creanțe ale debitorilor, până ce creditorul a fost deplin satisfăcut, în numerar sau în bunuri. Dacă totalul sumelor distribuite creditorului, în toate acțiunile cu debitorii, va depăși totalul sumei care îi este datorată, acesta va trebui să restituie sumele primite în plus, care vor fi reînscrise ca fonduri în averea debitorilor, proporțional cu sumele pe care fiecare dintre debitori le-a plătit peste ceea ce era datorat. Această regulă este o aplicație particulară a *principiului solidarității obligațiilor* având doi sau mai mulți debitori, înscris în art. 1446 NCC, putând fi codebitori solidari semnarii unui efect de comerț (cambie, bilet la ordin, cec), semnarii contractelor comerciale, garanții fidejutori etc.^[1] Este vorba de *solidaritate pasivă a debitorilor*, adică de existența unei obligații cu mai mulți debitori, la care creditorul este îndreptățit să ceară oricărui codebitor executarea integrală a prestației care formează obiectul obligației, iar în caz contrar, să urmărească pe oricare, la alegerea sa. Numai plata integrală a datoriei liberează pe toți codebitorii solidari.

În acest sens, în literatura juridică^[2] s-a făcut vorbire de funcționarea principiului înscrierii integrale, adică în caz de falimente ale mai multora dintre coobligații săi, principali sau urmăre a unor cauțiuni, declarate concomitent ori succesiv, creditorul comun participând la toate, pentru creanța sa întreagă, până la completa achitare.

Articolul 108 alin. (1) este aplicabil doar în situația în care creanța creditorului este îndreptată împotriva a cel puțin doi debitori (sau mai mulți) aflați concomitent în procedura insolvenței. Creanța creditorului urmează a fi înscrisă în tabelul preliminar de creanțe al fiecărui debitor, la valoarea ei nominală, participând la fiecare procedură până la

^[1] I. Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 298.

^[2] Pentru detalii, a se vedea M. Pașcanu, op. cit. p. 248-249.

momentul plății integrale. Caracterul solidar al obligației, apreciat în doctrină^[1] ca o adevărată garanție a realizării creanței, este recunoscut deplin drept și în cadrul procedurii insolvenței, astfel că avantajele contractării unei obligații cu pluralitate de debitori, obligații solidar la plată, se mențin și i se dau eficiență.

În cazul în care creditorul cu mai mulți codebitori solidari primește o plată parțială rămâne beneficiar al principiului menționat, în sensul că până în momentul în care creanța va fi stinsă prin plată pentru întreaga valoare nominală, aceasta va putea să fie înscrisă concomitent în toate tabelele^[2]. Nu este permis creditorului să primească și să păstreze un excedent față de cuantumul creanței din cumulul procedurilor. Suprasolvirea este supusă restituirii, prin reînscierea ca fond în averea debitorului, proporțional cu sumele pe care fiecare dintre debitori le-a plătit peste ceea ce datora.

Dacă totalul sumelor distribuite creditorului, în toate acțiunile cu debitorii, va depăși totalul sumei care îi este datorată, acesta va trebui să restituie sumele primite în plus, care vor fi reînscrise ca fonduri în averea debitorilor, proporțional cu sumele pe care fiecare dintre debitori le-a plătit peste ceea ce era datorat.

Specificul solidarității pasive se va menține și în situația în care creanța creditorului se îndreaptă împotriva mai multor debitori, dintre care o parte au intrat în procedura insolvenței, iar o parte nu. Creditorul are puterea de a-și recupera creanța de la oricare dintre debitori, putând demara procedura executării silite pe calea dreptului comun împotriva debitorului sau debitorilor care nu se găsesc în procedura insolvenței și, în același timp, să formuleze cerere de admitere a creanței, la întreaga ei valoare, în tabelul de creanțe al fiecăruia dintre debitorii față de care s-a deschis procedura insolvența, *principiul suprasolvirii* fiind însă aplicabil pentru ca creditorul să nu primească sume nedatorate.

În situația în care creditorul și-a recuperat, în totalitate sau parțial, creanța de la debitorul față de care nu s-a deschis procedura insolvenței, acesta din urmă se va subroga de drept în drepturile creditorului plătit, pentru partea de creanță ce revenea codebitorului sau codebitorilor solidari sau, în caz de recuperare parțială, creditorul va rămâne în situația de a urmări pe ceilalți codebitori solidari pentru diferența nerecuperată.

Dacă creditorul creanței cu mai mulți debitori solidari și-a recuperat integral creanța de la unul dintre codebitorii aflați în procedura insolvenței, practicianul în insolvență al respectivului codebitor are *acțiune în regres* împotriva celorlalți codebitori pentru recuperarea părții de creanță ce revine acestora și care a fost achitată de către debitorul său. Firește, regulile privind solidaritatea pasivă, precum și cele privind existența mai multor debitori, dintre care doar unii sunt supuși prevederilor legii insolvenței, își găsesc aplicabilitatea și în acest caz, al acțiunii în regres aflată la dispoziția practicianului în insolvență.

102. Dacă creanțele au fost stinse sau modificate, total sau parțial, practicianul în insolvență procedează la o *modificare corespunzătoare a tabelului de creanțe*, după caz, în baza art. 108 alin. (2). Odată cu convocatorul adunării creditorilor se va publica și tabelul de creanțe actualizat cu sumele stinse sau modificate în timpul procedurii. Odată cu contestarea procesului-verbal al adunării, creditorii pot contesta în aceleași termene și conținutul și tabelul astfel publicat.

[1] T.R. Popescu, P. Anca, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Științifică, București, 1968, p. 379.

[2] I. Turcu, Falimentul. Actuala procedură (...), p. 347.

Conform art. 109, un creditor care, înainte de înregistrarea unei cereri de admitere a primit o plată parțială pentru creanța sa de la un codebitor sau de la un fideiutor al debitorului poate avea creanța înscrisă în tabelul de creanțe numai pentru partea pe care nu a încasat-o încă. În literatura de specialitate^[1] s-a apreciat astfel că în măsura în care creditorul a solicitat înscrierea la masa pasivă cu întreaga creanță, administratorul sau debitorul este îndreptățit să conteste parțial creanța, iar judecătorul-sindic va trebui să dispună înscrierea la masa pasivă numai a părții neîncasate din creanță.

Un *codebitor sau un fideiutor*, care este îndreptățit la restituire ori la despăgubire din partea debitorului pentru suma plătită, va fi trecut în tabelul de creanțe cu suma pe care a plătit-o creditorului. În acest caz, creditorul comun are dreptul de a cere să i se plătească, până la achitarea integrală a creanței sale, cota cuvenită codebitorului sau fideiutorului, rămânând creditor al acestuia doar pentru suma neachitată.

Codebitorul sau fideiutorul debitorului, care pentru asigurarea regresului său are asupra bunurilor acestuia un drept de garanție, concurează la masa credală, pentru a face posibilă realizarea garanției sale, dar prețul obținut din vânzarea bunurilor grevate va fi atribuit creditorului, scăzându-se din suma ce este datorată.

La *creanțele garantate cu un drept de preferință sau garanții* se vor arăta titlul din care izvorăște preferința sau garanția, rangul acesteia și motivele pentru care creanțele sau drepturile de preferință au fost trecute parțial în tabel sau au fost înlăturate, deoarece prioritatea sau garanția poate privi creanța în întregul său ori poate privi creanța numai în parte.

Creanțele nescadente sau sub condiție la data deschiderii procedurii vor fi admise provizoriu la masa credală și vor fi îndreptățite să participe la distribuire de sume în măsura îngăduită de prezenta lege.

Sunt considerate de lege sub condiție și acele creanțe care pot fi valorificate împotriva debitorului numai după executarea unui codebitor principal^[2].

103. O altă problemă care s-ar putea ridica în privința *înscrierii creanțelor în tabelul preliminar* privește incidența art. 90 alin. (1), potrivit căruia deschiderea procedurii de insolvență nu afectează dreptul unui creditor de a invoca *compensarea creanței sale* cu cea a debitorului asupra sa, atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii. Compensarea poate fi constatată și de practicianul în insolvență, prevederile menționate fiind aplicabile și creanțelor reciproce născute după data deschiderii procedurii insolvenței.

În plus, în temeiul dispozițiilor art. 90 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, compensarea poate fi constatată și în privința creanțelor *născute ulterior* deschiderii procedurii, nu doar în privința celor anterioare. Cu alte cuvinte, se pot compensa creanțe având același regim juridic al nașterii lor: fie anterioare, fie ulterioare deschiderii procedurii. Nu se poate accepta însă compensarea între o creanță anterioară și alta ulterioară, pentru că în acest caz s-ar încălca principiul concursualismului.

Așadar, în situația în care intervine compensarea legală, creanța creditorului va fi înscrisă în întregime în tabelul preliminar de creanțe, cu observația că o parte a acesteia se consideră stinsă prin efectul compensației, creanța creditorului rămânând înscrisă în tabel pentru diferență. Dacă creanțele sunt de valoare egală, considerăm că lipsește interesul creditorului de a formula cerere de admitere a creanței în tabelul preliminar de

[1] N. Tândăreanu, *Particularități (...)*, p. 54.

[2] Aceste reguli sunt prevăzute de art. 110 alin. (2) și art. 102 alin. (4) și (5).

creanțe. Dacă însă creanța debitorului este în valoare mai mare decât cea a creditorului, iar ca efect al compensației, debitorul rămâne cu o diferență de creanță neachitată, practicianul în insolvență poate apela la dispozițiile art. 58 alin. (1) lit. h), în sensul că este îndreptățit să formuleze acțiune în pretenții împotriva creditorului. Acțiunea va avea ca obiect creanța la întreaga ei valoare, urmând ca, în fața judecătorului-sindic să se constate îndeplinirea condițiilor privind compensația legală, creditorul fiind obligat la plată pentru diferență. În felul acesta, practicianul în insolvență va avea acoperire în actele dosarului de insolvență.

Stingerea obligațiilor prin efectul compensației legale operează deplin drept, în puterea legii, fără a fi nevoie de acordul de voință al părților sau de încuviințarea judecătorului-sindic. Articolul 90 menționează expres că, pentru a opera compensația, condițiile legale trebuie să fie îndeplinite la momentul deschiderii procedurii. Înfățișându-se ca o excepție de la art. 75 care impune regula *suspendării de drept a acțiunilor judiciare sau extrajudiciare de la data deschiderii procedurii*, art. 90 a fost calificat în doctrină „o breșă în favoarea creditorilor debitorului insolvent care, la rândul său, este creditor al creditorului înscris la masa credală”. Avantajele instituite prin art. 90 în favoarea acestor creditori nu trebuie însă absolutizate, deoarece sunt mărginite de valoarea obligației celei mai mici, fiind posibil ca creditorul să rămână cu o parte semnificativă a creanței neachitată.

Operațiunea de verificare a creanțelor presupune considerarea izvorului raportului juridic care i-a dat naștere, dispozițiile Legii nr. 53/2003 – Codul muncii fiind aplicabile în materia verificărilor de creanțe ce constau în drepturi salariale datorate în caz de detașare, de muncă temporară etc.

Tabelul preliminar al creanțelor, întocmit de practicianul în insolvență, potrivit art. 110 alin. (1), va fi înregistrat la tribunal de către acesta, iar grefa îl va afișa la ușa instanței, întocmindu-se în acest sens un proces-verbal de afișare, și îl va publica în BPI.

2.6. Contestațiile privind creanțele creditorilor

104. Potrivit art. 111 alin. (1) și (2) din Codul insolvenței, debitorul^[1], creditorii și orice altă parte interesată vor putea să formuleze contestații față de tabelul de creanțe, cu privire la creanțele și drepturile trecute sau, după caz, netrecute de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar în tabel. Contestațiile trebuie depuse la tribunal în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a tabelului preliminar, atât în procedura generală, cât și în procedura simplificată.

Pe de altă parte, contestația trebuie să se încadreze în termenul prevăzut de lege, atât în ceea ce privește începutul termenului, cât și sfârșitul său. Astfel, în practica judiciară^[2] s-a decis că nu poate fi primită contestația debitorului, înainte de întocmirea tabelului preliminar de creanțe, în condițiile legii speciale în materie de insolvență.

Obiectul contestației creditorilor vizează fie faptul neînscrierii creanței în tabelul de creanțe, fie înscrierea creanței într-o altă formă decât cea solicitată de creditor prin cererea de admitere a creanței, în privința cuantumului datoriei și a întinderii penalițărilor, a rangului de preferință, a calificării creanței etc. Calitatea procesuală activă

^[1] Este vorba despre administratorul special, în opinia noastră.

^[2] C.A. București, dec. civ. nr. 649/1999, în E. Lovin, Culegere de jurisprudență în materie de faliment pe 1999, RA Monitorul Oficial, 2001, p. 352-353.

revine, conform dispozițiilor legale, debitorului, creditorilor sau oricărei persoane interesate, cu excepția celui care a întocmit tabelul preliminar de creanțe.

În cadrul procedurii generale, în situația în care debitorul este nemulțumit de înregistrările din tabel, indiferent de faptul concret al menținerii sau al ridicării *dreptului de administrare al debitorului*, contestația poate fi formulată întotdeauna de *administratorul special*, potrivit art. 56 alin. (1) lit. b). Considerăm că, fie și în situația ridicării dreptului de administrare, în virtutea dreptului general la apărare, debitorul va putea – prin administratorul special – să exercite calea de atac a contestației la tabelele de creanță

Contestația creditorului poate privi fie situația propriei sale creanțe, fie situația creanței unui alt creditor înscris în tabelul preliminar de creanțe. Se apreciază^[1] că interesul unui creditor în formularea unei astfel de contestații ar fi reprezentat de considerarea creanței unui alt creditor ca existând într-un quantum mai mic decât cel înscris de practicianul în insolvență în tabelul preliminar, sau ca neexistând. Justificând interesul, orice parte interesată poate formula contestația față de tabel.

Cel care are interesul de a se constitui o masă credală în valoare cât mai mică este, în primul rând, debitorul. De asemenea, față de creanțele și drepturile de preferință trecute de practicianul în insolvență în tabelul preliminar de creanțe, debitorul și fiecare dintre ceilalți creditori pot deține calitate procesuală activă. Pe de altă parte, invocăm și profesionalismul practicianului în insolvență, care în calitate de organ al procedurii, apără și reprezintă în mod echidistant și imparțial interesele tuturor celor implicați într-o procedură de insolvență.

În categoria oricărei alte părți interesate, intenția legiuitorului a fost aceea de a conferi calitatea procesuală activă fideiusorilor sau garanților, care în condițiile dreptului comun, au consimțit la constituirea de garanții, reale sau personale, în favoarea debitorului insolvent.

105. Având natura juridică a unei acțiuni în justiție, *contestația împotriva tabelului preliminar de creanțe* trebuie să cuprindă toate elementele menționate de art. 194 C. proc. civ. Elementele de fapt și de drept care au format convingerea practicianului în insolvență și care l-au determinat la înscrierea sau neînscrierea unei creanțe, într-o anumită formă, în tabelul de creanțe, la care se adaugă mijloace probatorii noi, necunoscute sau neprezentate practicianului în insolvență, pot conduce judecătorul-sindic la admiterea contestației, la respingerea acesteia ca neîntemeiată, nelegală, tardiv introdusă, netimbrată etc. sau la admiterea în parte a contestației.

Potrivit art. 111 alin. (2), contestația se depune la tribunal în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a tabelului preliminar, în procedura generală și în procedura simplificată. Ca natură juridică, termenul de 7 zile este unul de decădere, însemnând că nu este susceptibil de întrerupere sau suspendare.

Cu caracter de noutate, art. 111 alin. (3)-(5) stabilesc reguli de procedură derogatorii de la dreptul comun în privința contestației la tabelul preliminar de creanțe. Sub sancțiunea anulării^[2], contestația trebuie însoțită de dovada, în original, a achitării taxei de timbru, precum și de toate înscrisurile de care partea înțelege să se folosească în dovedirea susținerilor sale, cu arătarea oricăror altor probe care se solicită, cu excepția celor care nu se află în posesia părții sau nu sunt cunoscute la momentul formulării contestației.

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 465-464.

[2] Sancțiunea anulării se aplică doar pentru lipsa dovezii, în original, a achitării taxei de timbru.

Partea care formulează contestația are obligația de a trimite, cu confirmare de primire, câte un exemplar al contestației și al documentelor ce o însoțesc administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, creditorului a cărui creanță se contestă, precum și administratorului special. În cazul în care această obligație nu a fost respectată, judecătorul-sindic va putea aplica, din oficiu, o amendă în condițiile Codului de procedură civilă^[1].

Întâmpinarea se depune în termen de 10 zile de la data comunicării contestației și a documentelor ce o însoțesc. Un exemplar al întâmpinării se comunică, cu confirmare de primire, de către partea care formulează întâmpinarea și contestatorului, administratorului judiciar/lichidatorului judiciar și debitorului, sub sancțiunea prevăzută de art. 208 alin. (2) NCPC^[2].

Pentru respectarea condițiilor de procedură în care trebuie să se desfășoare judecata contestației împotriva tabelului preliminar de creanțe, judecătorul-sindic este obligat să procedeze la citarea, în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă, a tuturor persoanelor implicate în respectiva contestație. Citarea practicianului în insolvență este obligatorie la judecata oricărei contestații față de tabel, indiferent de faptul dacă debitorul păstrează sau nu conducerea activității sale.

Judecătorul-sindic are obligația de a se pronunța asupra excepțiilor de procedură și asupra celor de fond care fac de prisos în tot sau în parte cercetarea în fond a pricinii și apoi să analizeze în ce măsură creanțele sunt certe, lichide și exigibile^[3].

Potrivit art. 111 alin. (6), la termenul stabilit prin sentința de deschidere a procedurii pentru definitivarea tabelului de creanțe, judecătorul-sindic va soluționa deodată, printr-o singură sentință, toate contestațiile, chiar dacă pentru soluționarea unora ar fi nevoie de administrare de probe; în acest din urmă caz, judecătorul-sindic poate să admită, în tot sau în parte, înscrierea creanțelor respective în mod provizoriu în tabelul definitiv.

Înscrierea în tabelul definitiv a unor creanțe în mod provizoriu poate avea loc doar din dispoziția judecătorului-sindic, când pentru soluționarea unei contestații este nevoie de administrare de probe, conform art. 111 alin. (6) și, respectiv, art. 113 alin. (4).

Dacă este posibilă judecarea tuturor contestațiilor într-o singură ședință de judecată, judecătorul-sindic le va soluționa pe toate, deodată, printr-o singură sentință. Soluția poate fi în sensul admiterii în totalitate, admiterii în parte sau respingerii uneia sau a tuturor contestațiilor introduse. Nerespectarea de către judecătorul-sindic a soluționării „deodată”, în aceeași ședință, a tuturor contestațiilor, nu atrage nicio consecință juridică, de vreme ce amânarea judecării uneia/unora dintre contestații se impune din nevoia administrării de probe.

106. Tabelul preliminar de creanțe grefat pe dispozitivul sentinței prin care sunt soluționate contestațiile de judecătorul-sindic prefigurează conținutul *tabelului definitiv de creanțe*. Sunt stabilite, cu putere executorie, elementele tabelului definitiv de creanțe în

^[1] Dacă această obligație nu a fost respectată, va reveni în sarcina judecătorului-sindic obligația de comunicare a exemplarului contestației și a documentelor ce o însoțesc, constituind motiv de amânare a cauzei și de tergiversare a procedurii.

^[2] Art. 208 alin. (2) NCPC stabilește că nedepunerea întâmpinării în termenul prevăzut de lege atrage decăderea părâtului din dreptul de a mai propune probe și de a invoca excepții, în afara celor de ordine publică, dacă legea nu prevede altfel.

^[3] C.A. București, dec. civ. nr. 318/2002, în Jurisprudență comentată, în C.J. nr. 3/2003, p. 103-104.

privața numelui creditorilor, a sumelor datorate, a categoriei de creanțe din care face parte creanța creditorului sau a rangului de preferință al acesteia etc.

Potrivit art. 111 alin. (7), dacă se admite creanța fără dreptul de preferință pretins, aceasta va participa la repartițiile sumelor obținute din valorificarea bunurilor negrevate de cauze de preferință. Textul de lege vizează ipoteza în care, urmare a soluției pronunțate în cadrul unei contestații, aceasta pierde dreptul de preferință pretins de creditor prin cererea de admitere a creanței, astfel încât va participa la repartițiile de sume obținute din valorificarea bunurilor negrevate de cauze de preferință. În fapt, din *creanța beneficiară a unei cauze de preferință* pretinsă de creditor, prin soluționarea contestației, aceasta se transformă în *creanță chirografară*.

În situația prevăzută de art. 111 alin. (8), legiuitorul stabilește că din sumele care s-ar obține din valorificarea bunurilor supuse dreptului de preferință contestat se va consemna partea ce s-ar cuveni acelei creanțe. Este vorba tot despre un caz de admitere cu caracter provizoriu, dar nu a creanței în sine, care nu este contestată, ci a dreptului de preferință care însoțește creanța, care este contestat. Până la soluționarea definitivă a contestației, în situația în care bunul afectat garanției ce formează obiectul dreptului de preferință contestat este valorificat, sumele de bani obținute în urma valorificării se vor consemna într-un quantum corespunzător părții ce s-ar cuveni acelei creanțe, iar după clarificarea dreptului de preferință contestat, urmează a fi și distribuite în caz de respingere a contestației. În situația inversă, sumele de bani vor intra în averea debitorului, participând la alte distribuii de sume.

2.8. Tabelul definitiv al creanțelor

107. Potrivit art. 112 alin. (1), după ce toate contestațiile la creanțe au fost soluționate și s-a predat raportul de evaluare a garanțiilor, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar va înregistra, de îndată, la tribunal și va publica în BPI tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva averii debitorului, arătând suma, prioritatea și situația fiecărei creanțe, beneficiară sau nu a unei cauze de preferință.

Potrivit art. 5 pct. 67, tabelul definitiv de creanțe este tabelul care cuprinde toate creanțele asupra averii debitorului la data deschiderii procedurii, acceptate în tabelul preliminar și împotriva cărora nu s-au formulat contestații, precum și creanțele admise în urma soluționării contestațiilor sau cele admise provizoriu de către judecătorul-sindic. În cazul *procedurii simplificate*, tabelul definitiv de creanțe cuprinde, pe lângă creanțele născute anterior deschiderii procedurii, și creanțele născute în *perioada de observație*, ce au fost admise la masa credală. În acest tabel se arată suma solicitată, suma admisă și rangul de prioritate al creanței potrivit prevederilor art. 159 și 161.

Cuprinsul tabelului definitiv de creanțe este dat de toate creanțele asupra averii debitorului existente la data deschiderii procedurii: creanțele înscrise în tabelul preliminar de creanțe și necontestate de persoanele îndreptățite; creanțele admise în urma soluționării contestațiilor împotriva tabelului preliminar de creanțe și creanțele admise provizoriu de către judecătorul-sindic.

Momentul aducerii la cunoștința tuturor celor implicați în procedură a tabelului definitiv al creanțelor prezintă importanță, deoarece potrivit art. 112 alin. (2), ulterior înregistrării tabelului definitiv, numai titularii creanțelor înregistrate în tabelul definitiv pot

să participe la votul asupra planului de reorganizare sau la orice repartii de sume în caz de faliment în procedura simplificată.

108. Cu privire la momentul *întocmirii tabelului definitiv al creanțelor*, în literatura juridică^[1] a fost exprimată opinia că acesta va fi întocmit de practicianul în insolvență numai după rămânerea definitivă a soluției date asupra tuturor contestațiilor împotriva tabelului preliminar de creanțe, motivat de faptul că este vorba despre creanțe definitive care conferă anumite drepturi creditorilor lor și prin aceea că tabelul definitiv nu mai poate fi modificat decât în condiții excepționale.

Dar practicianul în insolvență este obligat „de îndată” să înregistreze la tribunal și să publice în BPI tabelul definitiv al creanțelor, adică imediat după soluționarea de către judecătorul-sindic a tuturor contestațiilor la creanțe și după depunerea raportului de evaluare a garanțiilor, ceea ce nu justifică așteptarea pronunțării soluției de către instanța de apel în calea de atac împotriva sentinței pronunțate de judecătorul-sindic în soluționarea contestațiilor la tabelul preliminar de creanțe.

În sprijinul acestei opinii sunt și prevederile art. 46 alin. (1), care arată că hotărârile judecătorului-sindic sunt *executorii*. În același timp, art. 111 alin. (6) și (8) stabilesc fără echivoc posibilitatea înregistrării creanțelor și/sau a drepturilor de preferință în tabelul definitiv cu caracter provizoriu până la soluționarea contestației. Tabelul definitiv de creanțe va putea fi modificat de practicianul în insolvență, într-o eventuală admitere a căii de atac a apelului.

Înregistrarea tabelului definitiv la grea instanței și publicarea acestuia în BPI produc modificări în privința drepturilor creditorilor, în sensul că, dacă creanțele lor nu sunt înscrise în tabelul definitiv, ei sunt decăzuți din dreptul de a participa la votul asupra planului de reorganizare și la orice repartii de sume în caz de faliment în procedura simplificată. Tabelul are caracter definitiv cu privire la creanțele născute anterior deschiderii procedurii și nu poate fi modificat decât în mod excepțional, în condițiile art. 113.

109. Situațiile cu caracter excepțional care pot determina *modificări în tabelul definitiv de creanțe* se situează din punct de vedere temporal între momentul expirării termenului de depunere a contestațiilor împotriva tabelului preliminar al creanțelor și până la momentul ultim, cel al închiderii procedurii față de debitorul insolvent.

Între cele două momente, orice parte interesată poate face contestație împotriva trecerii unei creanțe sau a unui drept de preferință în tabelul definitiv de creanțe, indiferent dacă aceasta a avut sau nu cunoștință de existența unei asemenea cauze sau ar fi trebuit să cunoască existența unei asemenea cauze, dar numai în anumite cazuri, expres și limitativ prevăzute de art. 113 alin. (1). Legitimitatea prevederii acestor cazuri excepționale rezidă în situațiile de excepție, în care o anumită creanță sau drept de preferință însoțitor al acesteia au fost admise și, respectiv, menținute în tabelul definitiv de creanțe ori în tabelele actualizate în temeiul unor cauze care atrag fie nulitatea absolută sau relativă a acestora, fie determină o reconsiderare a acestora, urmare a descoperirii unor înscrisuri cu caracter hotărâtor, dar necunoscut nimănui până în acel moment:

^[1] N. Tândăreanu, Stabilirea masei pasive în procedura reorganizării judiciare și a falimentului prin prisma noilor modificări aduse Legii nr. 64/1995 prin O.G. nr. 38/2002, în R.D.C. nr. 11/2002, p. 134.

descoperirea existenței unui fals, dol sau unei erori esențiale, precum și descoperirea unor titluri hotărâtoare și până atunci necunoscute.

Contestația împotriva tabelului definitiv de creanțe ori a tabelelor actualizate poate fi formulată numai pentru motivele expres și limitativ prevăzute de lege, interpretarea urmând să fie restrictivă.

Țot caracter restrictiv impune legea și în ceea ce privește calitatea procesuală activă a celui îndreptățit, în temeiul acestor cauze, să formuleze *contestație împotriva tabelului definitiv de creanțe*. În acest sens, apreciem că prin sintagma „orice parte interesată” legiuitorul a înțeles să limiteze numărul celor care pot face o astfel de contestație, în sensul că prezența/descoperirea unor asemenea cauze prejudiciază esențial și grav persoana respectivă prin admiterea creanței sau a dreptului de preferință în tabelul definitiv de creanțe. Constatarea existenței acțiunii acestor cauze are drept consecință rectificarea tabelului definitiv de creanțe/tabelului actualizat prin înlăturarea creanței sau a dreptului de preferință înscrise anterior în tabelul preliminar sau în tabelul definitiv de creanțe.

Calitatea de contestator o poate avea și debitorul, prin administratorul special. Atunci când falsul, eroarea esențială, dolul sau titlul hotărâtor a fost descoperit de către practicianul în insolvență, ulterior definitivării tabelului de creanțe și până la închiderea procedurii, apreciem că și acesta poate dobândi calitate procesuală activă în a formula o astfel de contestație. Dacă noțiunile de fals, dol sau eroare esențială au semnificația din dreptul comun, în ceea ce privește sintagma „*titluri hotărâtoare*”, aceasta nu este definită de legiuitor. Prin titlu hotărâtor înțelegem întocmirea sau utilizarea în procedură de către orice participant a unui înscris, a cărui destinație legală urmărea exprimarea sau atestarea adevărului și a cărui cunoaștere ar fi putut avea drept consecință neînscriserea sau înlăturarea creanței și/sau a dreptului de preferință care o însoțea din tabelul de creanțe.

Articolul 113 alin. (2) introduce cu caracter de noutate termenul în care se depune contestația, respectiv 15 zile de la data la care partea a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască situația ce determină promovarea contestației. Nerespectarea termenului duce la respingerea contestației ca tardiv introdusă, însă începutul acestuia se calculează de la un moment subiectiv, dat de data la care partea a cunoscut sau ar fi trebuit să cunoască situația ce determină promovarea contestației.

Judecarea contestației se va face cu respectarea prevederilor art. 111 alin. (4), cu citarea contestatorului, a creditorului care deține creanța contestată, a practicianului în insolvență și a administratorului special. Până la judecarea definitivă a contestației, judecătorul-sindic va putea declara creanța sau dreptul de preferință contestat ca admis numai provizoriu, în temeiul art. 113 alin. (4).

Declararea creanței sau a dreptului de preferință contestat, înscrise în tabelul definitiv/tabelul actualizat, ca admise numai provizoriu, de judecătorul-sindic, în temeiul materialului probator propus, produce modificări în statutul acesteia/acestui, în sensul că respectivul creditor va fi privat de dreptul de a încasa sumele propuse spre distribuție, ce se vor consemna în contul unic până la definitivarea creanței, conform art. 111 alin. (6).

110. Admiterea contestației de către judecătorul-sindic determină *rectificarea tabelului definitiv de creanțe* prin înlăturarea creanței sau a dreptului de preferință ce o însoțește (în tot sau în parte), iar respingerea contestației are drept consecință, funcție de admiterea cu caracter provizoriu, fie redobândirea caracterului definitiv pentru creanța sau dreptul de preferință contestat (în caz de admitere provizorie), fie neope-rarea vreunei modificări în tabelul de creanțe (în caz de nemodificare a statutului creanței sau a dreptului de preferință contestat).

Dat fiind că soluția pronunțată de judecătorul-sindic este supusă apelului, acesta nu va putea proceda la închiderea procedurii până la soluționarea definitivă a contestației.

Menționăm că legiuitorul a reglementat posibilitatea contestării tabelului definitiv/ actualizat de creanțe ulterior expirării termenului de depunere a contestațiilor numai în caz de înscriere a unei creanțe sau a unui drept de preferință în tabel. Neînscrierea unei creanțe sau a unui drept de preferință în tabel, necontestat în termenul legal, însoțită de neîndeplinirea obligației privind notificarea creditorului a cărui creanță sau drept de preferință a fost trecută parțial în tabelul preliminar de creanțe sau înlăturată de către practicianul în insolvență, în baza art. 110 alin. (4), conduce la decăderea creditorului respectiv din dreptul de a depune contestația reglementată de art. 113.

Potrivit art. 114 alin. (1), cu excepția cazului în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 42, titularul de creanțe anterioare deschiderii procedurii, care nu depune cererea de admitere a creanțelor până la expirarea termenului prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b), va fi decăzut, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură. El nu va avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului sau a membrilor ori asociațiilor cu răspundere nelimitată ai persoanei juridice debitoare ulterior închiderii procedurii, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase.

Textul reglementează situația creditorilor care nu au formulat, în interiorul termenului stabilit de art. 100 alin. (1) lit. b), cerere de admitere a creanței, în condițiile în care prevederile art. 42 au fost respectate. Este cea mai gravă sancțiune posibil de aplicat creditorului, care este decăzut din dreptul de a fi creditor al debitorului. Sancțiunea nu se aplică salariaților, ale căror creanțe sunt înregistrate din oficiu în tabelul de creanțe, fără a fi necesară depunerea unei cereri de admitere în tabelul preliminar de creanțe, și nici creditorului declanșator al procedurii, care nu are obligația de a depune cerere de admitere a creanței.

Excepțiile intervin în situațiile în care notificarea deschiderii procedurii s-a făcut cu încălcarea dispozițiilor art. 42 sau debitorul este condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă (în temeiul art. 240 sau art. 241 C. pen.) ori i s-a stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase (în baza art. 117 și urm.).

Neîndeplinirea exigențelor privind notificarea creditorilor asupra deschiderii procedurii în conformitate cu prevederile art. 42 face imposibilă aplicarea sancțiunii de excludere a creditorului din procedura insolvenței, în temeiul art. 114 alin. (1). În acest caz devin aplicabile prevederile art. 42 alin. (3), care dispun că acei creditori care nu au fost notificați potrivit prevederilor art. 99 alin. (3) sunt considerați de drept în termenul de depunere a cererilor de admitere a creanțelor, prin depunerea unei cereri de admitere

la masa credală și vor prelua procedura în stadiul în care se afla în momentul înscrierii lor la masa credală.

Sanctiunea *decăderii* se constată de către practicianul în insolvență, care nu va mai înscrie creditorul în tabelul creditorilor, conform art. 114 alin. (2). Despre această măsură, practicianul în insolvență va face vorbire în cuprinsul raportului lunar, depus în temeiul art. 59, a cărui contestare are loc în condițiile art. 59 alin. (5)-(7).

Înregistrarea la tribunal a tabelului definitiv al creanțelor și afișarea acestuia constituie momentul trecerii la faza următoare a procedurii generale reglementată de Codul insolvenței, respectiv depunerea și confirmarea unui plan de reorganizare ori trecerea la faliment sau, în cadrul procedurii simplificate, trecerea la faliment.

CAPITOLUL IX. ACȚIUNILE ÎN ANULAREA ACTELOR FRAUDULOASE DIN PERIOADA SUSPECTĂ

Secțiunea 1. Aspecte preliminare

1. Acțiunile în anularea actelor sau a operațiunilor frauduloase efectuate de către debitor în perioada suspectă își au originea în clasică acțiune pauliană, a cărei formă primitivă era aceea de *actio per manus iniectio*, prin care creditorul aplica celebra maximă „împotriva dușmanului, revendicarea este eternă” (*adversus hostem aeterna auctoritas esto*).

În dreptul roman, *acțiunea revocatorie pauliană* era colectivă și se exercita de un *curator vendendorum bonorum*, vânzarea făcându-se în numele masei credale^[1]. În dreptul modern, acțiunea pauliană a devenit și a rămas una individuală.

În dreptul falimentar român al perioadei interbelice, Profesorul Mihai Pașcanu^[2], preluând sugestiv denumirea de „*acțiuni concurs-pauliene*” din dreptul francez^[3], demonstrează faptul că acțiunile revocatorii falimentare dobândesc o *eficacitate graduală*, în funcție de momentul apropiierii actelor sau operațiunilor respective de sentința declarativă de faliment: „Perioada suspectă lucrează cu o energie sporită, pe măsură ce actele falitului au fost săvârșite mai în apropiere de declarațiunea falimentului său”. Astfel, în funcție de criteriul temporal, actele și operațiunile erau divizate în acte *inopozabile* masei credale, acte *nule de plin drept* și acte *facultativ anulabile*.

Interesant este că, având aceeași origine și geneză, acțiunile revocatorii falimentare, denumite în dreptul european al insolvenței *Avoidable Transactions*, au fost caracterizate în fața Curții de Justiție a Uniunii Europene într-un caz recent^[4] astfel: „Insolvența unei întreprinderi nu este o comedie umană, dar comportamentele disperate ale celor care nu pot face față datoriei proprii își au obârșia la originile omenirii. Dreptul încearcă să combată din fașă vicleniile debitorului, chiar dacă uneori aplicarea normelor sale se lovește de dificultăți practice. În pofida diferențelor existente între ordinile juridice ale statelor membre, există un *cod genetic comun* al soluțiilor pe care acestea le oferă ca răspuns la actele de dispoziție asupra patrimoniului realizate prin fraudarea drepturilor creditorilor”.

Secțiunea a 2-a. Domeniul de aplicare a acțiunii în anulare

2. Acțiunea în anularea actelor frauduloase prevăzută de art. 117 din Codul insolvenței (corespondentul art. 79-80 din Legea nr. 85/2006) are un domeniu de aplicare

^[1] P.C. Vlachide, Repetiția principiilor de drept civil, vol. II, p. 215 și urm., Biblioteca Centrală Universitară, Biblioteca Facultății de Drept.

^[2] M. Pașcanu, Drept falimentar român, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 188.

^[3] M. Planol, I, n. 332, Aubry-Rau, I, parag. 37, Lyon-Caen-Renault, VII, n. 315, Thaller-Perceyrou, I, n. 574 bis.

^[4] Cauza *DekoMarty* – C-339/07, Hotărârea CJUE din data de 16 octombrie 2008, p. 6, § 27. Concluziile Avocatului General Dámaso Ruiz – Jarabo Colomer, prezentate la 16 octombrie 2008.

limitat la constituiri sau transferurile de drepturi patrimoniale către terți, realizate de către debitor, în perioada numită „suspectă”, prin acte și operațiuni frauduloase sau care depășesc limitele normale ale activității sale.

Aprecierea intenției frauduloase prin raportare la natura actului permite structurarea unei tipologii a actelor frauduloase, fondată pe distincția dintre *actele frauduloase în mod obiectiv* și cele frauduloase *în mod subiectiv*, legiuitorul încadrând aceste două categorii în exemplificarea cuprinsă în alin. (2), respectiv alin. (4) al art. 117.

Dintr-o altă perspectivă, analiza elementelor ce atrag caracterul fraudulos al unui act sau al unei operațiuni în acest domeniu, presupune reunirea a două elemente:

- unul *material*, ce presupune ca actul fraudulos să împiedice realizarea dreptului creditorului. Acest lucru se va întâmpla în cazul în care actul face imposibilă realizarea dreptului de creanță, precum și atunci când acesta reduce eficacitatea realizării dreptului de creanță, și

- unul *subiectiv*, care presupune ca debitorul să fi încheiat actul având conștiința faptului că aduce atingere dreptului creditorului. În cazul terțului contractant, intenția frauduloasă poate fi definită în funcție de condițiile de opozabilitate ale dreptului de creanță. În cazul în care actul fraudulos este un act cu titlu gratuit, intenția frauduloasă a terțului dobânditor (cocontractantul debitorului insolvent) nu trebuie însă stabilită, dat fiind că îmbogățirea sa fiind lipsită de un just temei, actul poate fi sancționat în temeiul unicei fraude a debitorului.

Conturarea intenției frauduloase impune, în practică, raportarea la tipul de act fraudulos. Astfel, în cazul plății unei datorii scadente, care este prin natura sa un act necesar, este imposibilă stabilirea intenției frauduloase a terțului contractant, ceea ce determină excluderea acestui tip de act din domeniul fraudei pauliene.

§1. Aspecte generale de analiză

3. Practicianul în insolvență sau, în subsidiar, comitetul creditorilor sau creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală [art. 118 alin. (2) și (3) din Codul insolvenței], în aprecierea oportunității introducerii unei acțiuni în anulare a cărei prezumție de fraudă se poate subsuma uneia dintre categoriile expuse în lege, vor fi ținuti de rezultatul analizei următoarelor elemente^[1]:

- situația patrimonială a debitorului la data încheierii operațiunii care, pentru a putea permite anularea, trebuie să fi fost grav compromisă;
- deschiderea procedurii insolvenței să fi fost iminentă, previzibilă cu mijloace obișnuite, comune, de analiză;
- deschiderea procedurii nu putea fi evitată prin mijloace comercial-financiare uzuale;
- întreg comportamentul creditorului în relația cu debitorul respectiv: abuz în luarea deciziilor, realitatea datoriilor față de acest creditor;
- sumele recuperate de către creditor indirect prin dobânzi comerciale, dividende, prețuri favorabile de transfer, ș.a.;
- situația scadențelor diferitelor datorii ale debitorului față de creditorii săi;

^[1] R. Bufan, A. Buglea, Decizia comercială, în Manual de bune practici în insolvență, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, editat prin Programul Phare 2002, de Ministerul Justiției, martie-aprilie, București, 2006, p. 21.

- poziția creditorului afiliat față de riscurile comerciale asumate în cadrul afacerii debitorului;

- circumstanțele economice și financiare în care s-a realizat tranzacția: apariția de acte normative noi ce au impus tuturor operatorilor dintr-un anumit domeniu o modificare de strategie, politică comercială etc., modificarea substanțială a condițiilor pieței ce a condus la modificarea condițiilor comerciale;

- costurile implicate de procedura de judecată, evaluare, recuperare, întreținere și revânzare a bunului, în condițiile de piață și estimarea interesului raportat la existența unui câștig după deducerea acestora.

Or, nu se pot omite aceste aparent „amănunte” din evaluarea situației pentru a se stabili dacă, după îndeplinirea tuturor acestor condiții, există în mod real un avantaj patrimonial în promovarea demersului. Poate exista și situația în care un bun să fi fost atât de deteriorat, încât valoarea acestuia să fi fost nesemnificativă, după deducerea cheltuielilor implicate și, prin raportare la sumele care ar trebui să fie avansate, la finalul procesului, să se constate că prețul este mai mic decât aceste cheltuieli sau că bunul nu se mai poate vinde.

§2. Excluderi

4. Sunt excluse, prin efectul legii, acțiuni care exced acestui cadru procesual, fiind date în competența generală a instanței sau actele și operațiunile realizate în cursul normal de desfășurare a activității curente.

2.1. Necompetența sau competența judecătorului-sindic

5. În continuare, vom prezenta cazuri care nu pot fi încadrate în *competența specială a judecătorului-sindic*, raportat la sfera acțiunilor în anularea actelor sau a operațiunilor frauduloase, precum și cazuri care se circumscriu și justifică o astfel de competență:

- încheierea unui contract în baza căruia părțile să-și asume doar obligația de a perfecta în viitor un contract de vânzare-cumpărare, fără ca prin acea convenție să se transmită și dreptul de proprietate, nu are caracter translativ de proprietate, ci dă naștere numai obligației de a se transmite proprietatea bunului în viitor, astfel încât prevederile ce sancționează fraudă nu îi sunt aplicabile ^[1]. În mod constant s-a apreciat, și sub imperiul legii mai vechi ^[2], că cerințele impuse nu sunt îndeplinite cât timp se solicită anularea unei promisiuni de vânzare, și nu a unui contract de vânzare-cumpărare, întrucât promisiunea în cauză nu întrunește condițiile unui act fraudulos în sensul cerut de legiuitor, respectiv actul în care prestația debitorului să depășească vădit pe cea primită ^[3];

- în acțiunea formulată, în calitate de reclamantă, de către debitoare prin lichidatorul judiciar împotriva celor doi părți foști asociați și administratori ai debitoarei, s-a stabilit că debitoarea nu are calitatea procesuală activă de a formula asemenea acțiuni, întemeiate pe prevederile art. 79 și urm. din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 117

^[1] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 909/2008, nepublicată. Textele articolelor au fost menținute conform dispozițiilor legale incidente la momentul soluționării cauzei.

^[2] Cu referire la dispozițiile prevăzute de art. 44 și 45 alin. (1) din Legea nr. 64/1995, devenite după republicare din 2004 art. 61 și 62 alin. (1). C.A. București, s. a V-a com., dec. com. nr. 653/2004, nepublicată.

^[3] Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare, abrogată prin Legea nr. 85/2006, la rândul ei abrogată prin Legea nr. 85/2014.

din Codul insolvenței), urmând astfel ca acțiunea să fie respinsă pe acest considerent. Acțiunea introdusă de către debitoare, prin lichidatorul judiciar, a avut ca temei de drept dispozițiile art. 25 lit. c) și ale art. 79 și urm. din Legea nr. 85/2006 care, la fel ca noua reglementare, se referă la acțiuni în anulare de transferuri patrimoniale a bunurilor corporale sau încorporale ale societății debitoare, excluzând acțiuni în anularea unor *hotărâri ale adunării generale a asociaților* unei societăți comerciale. În plus, în acest caz, competența soluționării acesteia ar fi revenit instanței de drept comun, respectiv tribunalului, iar nu judecătorului-sindic, iar regimul juridic al acesteia ar fi fost cel prevăzut de Legea nr. 31/1990 și nu cel special^[1];

– în situația în care se promovează o acțiune în pretenții, lichidatorul trebuie să se conformeze normelor de procedură civilă comună, fără a se extinde cadrul impus de lege pentru soluționarea acțiunilor în anulare și nici competența judecătorului-sindic^[2];

– neprecizarea expresă a temeiului de drept în cuprinsul acțiunii nu ar împiedica intervenția sancțiunii. Contractul de vânzare-cumpărare al unui imobil, încheiat de către fostul administrator cu o societate reprezentată tot de acesta, este lovit de nulitate pentru cauză ilicită – diminuarea activului societății în faliment^[3]. Încheierea unui act de vânzare-cumpărare de aceeași persoană, ca reprezentant al vânzătorului, având interes patrimonial în societatea comercială cumpărătoare, constituie temei al dispunerii anulării acestuia, fiind încheiat în fraudă creditorilor^[4];

– în cadrul unei contestații la tabelul preliminar suplimentar de creanțe judecătorul-sindic își depășește limitele investirii atunci când invocă din oficiu excepția nulității absolute a contractelor ale căror efecte au fost vizate în contestație, când nulitatea poate fi invocată doar în cadrul unui proces ce vizează actul a cărui nulitate se invocă, or, obiectul contestației vizează tabelul de creanțe suplimentar, nicidecum contractul. În plus, nu există legătură între admiterea contestației și înlăturarea creanței din tabelul de obligații, știut fiind că singurele situații în care se poate dispune anularea unor acte frauduloase sunt cele reglementate de art. 79-80 din Legea nr. 85/2006^[5], iar prima instanță nu putea stabili, pe această cale, înlăturarea unei creanțe din tabel, pe considerentul că încheierea contractului cu creditoarea este una din cauzele ajungerii debitoarei în insolvență, declarând astfel ineficacitatea contractului^[6];

– cererile în materia insolvenței sunt de competență exclusivă a tribunalului în circumscripția căruia se află sediul principal al debitorului, or, în situația în care acțiunea are ca obiect pretenții, ea nu poate fi încadrată în enumerarea prevăzută în legea specială, adică a acțiunilor pe care lichidatorul le poate introduce la judecătorul-sindic, competența de soluționare fiind cea stabilită conform procedurii comune^[7].

2.2. Regula *business as usual*

6. Conform dispozițiilor art. 119 din Codul insolvenței, admisibilitatea acțiunii în anulare este condiționată de simpla încheiere a actului de către debitor în perioada suspectă, în condiții care exced desfășurarea activității acestuia în mod obișnuit. Corespondentul

[1] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 530/2011, nepublicată.

[2] I.C.C.J., s. com., dec. nr. 4303/2005, nepublicată.

[3] Trib. Hunedoara, sent. nr. 2850/2003, în Jurisprudență, p. 430, în Manual de bune practici (...), p. 98.

[4] C.A. Bacău, s. com., cont. adm., dec. civ. nr. 282/2010, nepublicată.

[5] C.A. Târgu-Mureș, s. com., dec. nr. 460/2008, nepublicată.

[6] Trib. Mureș, sent. com. nr. 210/2008, nepublicată.

[7] I.C.C.J., s. com., dec. nr. 4303/2005, nepublicată. Art. 105 NCPC menține dispoziția.

acestui text legal îl reprezintă art. 63 din Legea nr. 64/1995, respectiv art. 82 din Legea nr. 85/2006. Dispoziția actuală are un conținut parțial diferit față de cea aflată în prima lege, dar nemodificat față de legea anterioară. Textul face o precizare necesară, în sensul că nu pot fi anulate actele de transfer cu caracter patrimonial făcute în cursul desfășurării normale a activității curente.

Dar, ce anume se înțelege prin *desfășurarea normală a activității curente* de către debitor, nu se specifică de către legiuitor. Cu siguranță, nu poate fi vorba despre activitățile curente definite la art. 5 pct. 2 din Codul insolvenței (corespondentul art. 3 pct. 14 din Legea nr. 85/2006), acestea fiind activități propuse de debitor a se desfășura în cursul perioadei de observație, ulterior deschiderii procedurii și care prezintă particularitatea de a fi adaptate situației financiare deosebite de cea de dinaintea acestui moment^[1].

Interpretarea regulii „*business as usual*” este în sensul că acțiunea în anulare poate fi introdusă, în virtutea liberului drept de acces la justiție, însă acțiunea nu este întemeiată și va fi respinsă ca atare.

În Legea nr. 64/1995 dispozițiile similare (art. 63) prevedeau că prin excepție (doar de la art. 61 – actualul art. 117 alin. (2) și (4), nu se va putea cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale. Modificarea în actuala lege constă în *aplicarea generală* a dispozițiilor art. 119, în lipsa vechii distincții, nu numai în raport cu art. 117, dar și în raport de actele încheiate în activitatea curentă normală, iar nu în întreaga activitate normală a debitorului. În raport cu acestea și având în vedere și cele ce se vor arăta ulterior în cadrul analizei dispozițiilor art. 119, credem că în actuala formulare textul de lege este mai riguros^[2].

Rămâne la aprecierea suverană a judecătorului-sindic dacă astfel de activități corespund sferei „obișnuitului” existent anterior deschiderii procedurii, prin raportare la specificul activității debitorului, la cifra de afaceri, la tipul de cocontractanți (profesioniști sau neprofesioniști, mari sau mici profesioniști, piața de desfacere majoritară etc.) cu care lucra debitorul. Aprecierea unui anumit act ca făcând parte sau nu din desfășurarea normală a activității debitoarei va fi rezultatul *analizei circumstanțelor*, împrejurărilor concrete în care acest act a fost încheiat, în special a posibilității de a se fi putut anticipa, la data realizării actului, viitoarea insolvență a debitorului^[3].

Deși nu considerăm că ar fi corectă raportarea activității debitorului la cuprinsul art. 5 pct. 2, unele referiri își găsesc aplicabilitatea: a) continuarea activităților contractate, conform obiectului de activitate; b) efectuarea operațiunilor de încasări și plăți aferente acestora; c) asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente^[4].

Desfășurarea normală a activității curente constă în efectuarea actelor și operațiunilor obișnuite în perioada dinaintea apariției stării de insolvență^[5]. Aceasta nu era operantă în cazul reglementat de art. 47 din Legea nr. 64/1995, care avea în vedere transferurile patrimoniale făcute în cursul activității normale a debitorului, cu condiția

[1] În cazul actelor încheiate în perioada de observație se aplică art. 46 și art. 49 din Legea nr. 85/2006.

[2] A. Avram, *Procedura insolvenței. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 204.

[3] R. Bufan, *Anularea operațiunilor comerciale încheiate de către debitor cu persoanele afiliate în anul anterior deschiderii procedurii* Legii nr. 64/1995, în R.D.C. nr. 11/2003, p. 103.

[4] Facem abstracție de faptul că lit. c) cuprinde o eroare de reglementare, constând într-o definiție circulară.

[5] În doctrină, cu privire la legea anterioară, s-a considerat că starea de insolvență, în cazul activității normale, nu putea fi nici măcar anticipată, V. Pașca, *Falimentul fraudulos, Răspundere și sancțiuni*, Ed. Lumina Lex, 2005, p. 19.

(implicită) ca schimburile (contraprestațiile) să fi fost echilibrate valoric^[1]. O conturare legală a desfășurării normale a activității privește efectuarea unor tranzacții obișnuite, incluzând activitățile uzuale ale unui comerciant. Termenul este utilizat în principal pentru aprecierea validității anumitor tranzacții de către Codul comercial al Statelor Unite ale Americii^[2]. Un cumpărător aflat într-o astfel de situație trebuie să îndeplinească unele condiții:

- să fie cumpărător de bună-credință;
- să fi încheiat actul fără a ști că încalcă un drept al altei persoane;
- să fi încheiat tranzacția cu o persoană care se ocupă în mod obișnuit cu această activitate;
- să fi contractat în condiții obișnuite, aplicabile genului de act încheiat.

7. Prin urmare, prin *acte încheiate în cursul activității curente a debitorului*, vom înțelege orice acte prin care a fost derulată o activitate conformă obiectului de activitate, orice acte de încasare sau plăți privitoare la activități de realizare a obiectului de activitate, precum și orice acte sau operațiuni prin care a avut loc finanțarea capitalului de lucru necesar derulării activității de zi cu zi a debitorului^[3].

O activitate sporadică într-un anumit domeniu sau contextul în care s-a încheiat un anumit act, modul diferit de redactare a unei clauze ori data la care a fost finalizată, pot susține încadrarea sau excluderea acesteia din contextul activității obișnuite^[4]. De asemenea, analiza activității trecute și constanța acesteia au fost criteriile considerate relevante, în practică^[5].

În raport cu referirea din textul art. 119 la „cursul desfășurării normale a activității curente” a debitorului, s-a pus problema dacă legiuitorul a avut în vedere prin această formulare activitatea curentă normală a debitorului *înainte* sau *după* deschiderea procedurii. Faptul că dispozițiile art. 119 se regăsesc în contextul secțiunii din lege referitoare la anularea unor acte juridice ale debitorului încheiate anterior deschiderii procedurii (iar obiectul acțiunilor prevăzute de art. 117 îl constituie doar acte ale debitorului anterioare acestui moment) ar trebui să însemne că s-a avut în vedere activitatea curentă normală *anterioară* deschiderii procedurii^[6].

Referitor la anticiparea stării de insolvență de către debitor sau reprezentantul acestuia, cât timp nu poate fi stabilită reaua-credință, existența posibilității apariției insolvenței nu poate constitui un motiv pentru anularea actelor de transfer, dacă actele în cauză au fost efectuate „în cursul activității” curente a debitorului^[7].

8. În contextul excepției pe care o analizăm, *reaua-credință a debitorului* are două componente. Prima se referă la cunoașterea *iminenței* sau *existenței insolvenței*, iar a doua la *intenția de fraudare*.

[1] R. Bufan, art. cit.

[2] Secțiunea 1-201, www.wikipedia.com.

[3] Black's Law Dictionary 1209 (9th ed., 2009).

[4] J. Esdorn, A. Simowitz, D. Freeman, „Ordinary Course Of Business” In Debt Agreements”, www.law360.com.

[5] Idem, *Tanbro Fabrics Corp. vs. Deering Milliken Inc.*, 39 N.Y.2d 632 (1976); *Bontemps vs. Bank of Babylon*, 96 A.D.2d 1025 (N.Y. App. Div. 2d Dep't 1983); hotărâre dată în cazul *Covad Communs. Co. vs. Revonet, Inc.*, <http://postprocess.wordpress.com/category/in-the-ordinary-course-of-business/>.

[6] A. Avram, op. cit., p. 204.

[7] Ibidem.

Dacă starea de insolvență este iminentă sau prezentă (instalată), debitorul are facultatea sau obligația, după caz, să ceară inițierea procedurii insolvenței. Cu toate acestea, existența primei componente nu este suficientă pentru a fi incidentă sancțiunea anulării actelor de transfer, cât timp debitorul nu a făcut altceva decât să desfășoare activitatea sa curentă. Dacă se probează caracterul fraudulos al actului de transfer, acesta este anulabil, deoarece într-un asemenea caz el se situează în afara activității legale a debitorului^[1]. Deci, în caz de insolvență, orice act de transfer încheiat în cursul activității curente, anterior deschiderii procedurii, este anulabil [conform art. 117 alin. (1), (2) și (3)].

S-a arătat că actul juridic încheiat de către debitor în cursul soluționării cererii privitoare la deschiderea procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2006 poate fi anulat conform art. 79-80 din această lege, deoarece el nu poate fi considerat un act în cursul desfășurării normale a activității debitorului^[2]. Nu putem însă trage această concluzie în privința oricărui act. Ar putea fi vorba de un act pe care debitorul îl realizează în mod constant, astfel că, fără o analiză a pretinsului act ca fiind normal, nu se poate pronunța *a priori* anulabilitatea acestuia.

Așa se întâmplă și în practică: unele instanțe consideră, spre exemplu, că după doi ani de afaceri, părțile pot, în condiții obișnuite, să-și *compenseze creanțele reciproce*^[3], dar, dacă datoriile debitoare sunt semnificative, compensarea unor datorii, în anul anterior deschiderii procedurii, a fost considerată act fraudulos și, ca urmare, anulat^[4].

Ca excepție de la actele incluse în categoria celor anulabile, credem că trebuie incluse și tranzacțiile încheiate cu bună-credință de către o societate din motive legitime și în vederea obținerii de beneficii.

Totuși, la nivel economic trebuie să fim realiști, în sensul că abia depășim o situație de criză. Aprecierea asupra „obișnuitului” în afaceri nu poate fi una comună. Fiecare profesionist ajuns în încetare de plăți poate avea o justificare diferită a încheierii unui contract în condiții deosebite, raportat la activitatea sa mai veche sau la angajarea sa în unele relații comerciale mai puțin avantajoase. Nu se poate aplica un șablon, iar activitatea practicianului în insolvență, în fază inițială și, apoi, a instanței, trebuie să se raporteze atât la contextul economic general, cât și, în concret, la circumstanțele speței.

Secțiunea a 3-a. Analiza cazurilor cuprinse în dispozițiile art. 117 alin. (2) din cod

9. Primul alineat al textului menționat stabilește cadrul general al acțiunii, lăsând enumerarea cazurilor în cadrul alin. (2) și alin (4). Reformularea textului, în maniera înglobării într-un singur articol a reglementării, înlătură discuțiile privitoare la existența unei sau a două categorii de acțiuni, rezultate din viziunea legiuitorului sub imperiul Legii nr. 85/2006. Astfel, sunt prezentate exemplificativ, considerăm noi, categoriile de acțiuni care pot fi exercitate în cadrul general al anulării actelor frauduloase.

^[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole, ed a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 298.

^[2] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 2082/2006, în Culegere de practică judiciară în materie comercială pe anul 2006, vol. II, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 145.

^[3] Trib. Arad, sent. com. nr. 477/2009, nepublicată.

^[4] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 829/2009.

§1. Actele juridice cu titlu gratuit

10. Așa cum prevedea art. 80 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței prezumă și în cuprinsul art. 117 alin. (2) lit. a) că orice act de transfer cu titlu gratuit, efectuat în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu excepția sponsorizărilor în scop umanitar, este fraudulos.

În cazul tuturor actelor și operațiunilor arătate la lit. a)-g) trebuie să fie îndeplinite cumulativ și condițiile privitoare la (i) perioada în care a fost încheiat și (ii) evitarea prejudicierii creditorilor (unul sau mai mulți) sub aspectul imposibilității utilizării unui bun al debitorului la distribuire sau alterarea echilibrului ordinii normale de preferință a creditorilor, în cadrul procedurii.

Textul în discuție prevede că, în cazul în care transferul gratuit de drepturi patrimoniale, deși s-a realizat în cadrul perioadei de 2 ani, se dovedește că a intervenit în condițiile derulării de către debitor a unei activități normale, în care nu se pune problema insolvenței, trebuie apreciat că actul prin care s-a realizat transferul s-a încheiat în cursul activității curente a debitorului, astfel că nu va putea fi anulat^[1]. Excepția este cuprinsă în art. 119, un exemplu din această categorie fiind renunțarea la un drept precedată de o renunțare echivalentă valoric din partea terțului. În orice caz, pentru exercitarea acțiunii este necesar ca actul să nu aibă o vechime mai mare decât perioada suspectă stabilită în lege^[2].

1.1. Categoria de acte ce intră în sfera de reglementare

11. Sunt acte de transfer cu titlu gratuit orice acte juridice prin care debitorul transmite o valoare patrimonială fără să dobândească în schimb o contraprestație^[3]. Exemplificând, arătăm că sunt incluse: donații (inclusiv deghizate), renunțări la drepturi, remiteri de datorii, sponsorizări în scopuri neumanitare, contracte de comodat, contracte de voluntariat^[4] etc.

Actele cu titlu gratuit sunt de două feluri: acte dezinteresate și liberalități. Intră în prima categorie, de exemplu: comodatul, mandatul gratuit, depozitul neremunerat etc.^[5] Liberalitățile sunt acte cu titlu gratuit prin care dispunătorul își micșorează patrimoniul cu folosul patrimonial procurat gratificatului^[6] ca de exemplu, donația sau

^[1] A. Avram, op. cit., p. 183.

^[2] St.D. Cărpănuș, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 283.

^[3] R.I. Motica, E. Lupan, Teoria generală a obligațiilor civile, Ed. Lumina Lex, 2005, p. 36. Actul juridic cu titlu gratuit este acel act prin care se procură un folos material fără a se urmări obținerea unui folos material în schimb, G. Boroi, L. Stănculescu, Drept civil. Curs selectiv pentru licență. Teste grilă, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 41.

^[4] Contractul de voluntariat era prevăzut de art. 2 lit. d) din Legea nr. 195/2001, republicată, conform căruia „contractul de voluntariat este o convenție cu titlu gratuit, încheiată între o persoană fizică, denumită voluntar, și o persoană juridică, denumită beneficiarul voluntariatului, în temeiul căreia prima se obligă față de a doua să presteze o activitate de interes public fără a obține o contraprestație materială”. Legea nr. 78/2014 privind reglementarea activității de voluntariat în România, care prevede definiția contractului de voluntariat în cadrul art. 3 lit. d).

^[5] G. Boroi, L. Stănculescu, op. cit., p. 42.

^[6] Idem, p. 43.

mecenatul^[1]. Rezultă din textul legii că se au în vedere toate actele debitorului, indiferent de natura lor^[2].

Toate actele cu titlu gratuit având ca obiect transmiterea dreptului de proprietate asupra unui bun mobil sau imobil sunt nule în cazul în care au intervenit începând cu data încetării plăților. Fundamentul acestei nulități este evident. În general, actele cu titlu gratuit sunt contrare uzanțelor din lumea afacerilor; *a fortiori*, un debitor aflat în stare de încetare de plăți nu trebuie să-și diminueze activul făcând liberalități, dat fiind că aparenta sa „generozitate” ascunde în realitate acte prejudiciabile pentru creditorii săi, chiar de-a dreptul frauduloase. În conflictul de interese care îi opune pe creditorii neplătiți donatarului, trebuie să îi preferăm, fără nicio ezitare, pe cei dintâi, pentru că aceștia încearcă să evite o pierdere mai degrabă decât să păstreze un câștig, contând numai sărăcirea fără contraprestație a debitorului, și nu intenția partenerilor^[3].

În ceea ce privește actele *inter vivos*, nulitatea nu se limitează la donațiile directe, indirecte sau deghizate, indiferent dacă sunt realizate printr-un act autentic, sub semnătură privată sau prin tradițiune, ci domeniul său este mult mai larg, aplicându-se oricărui act prin care debitorul, fără o contraprestație echivalentă, își sărăcește patrimoniul în cursul perioadei suspecte când se verifică dacă actul a fost sau nu încheiat în schimbul unei contraprestații. Aceasta poate fi indirectă, nefiind supuse anulării actele care, sub aparența gratuității, sunt în fapt acte interesate^[4].

Textul legii se referă la actele „translative de proprietate”, expresie care ar putea fi interpretată în mod restrictiv. Desigur, donațiile de bunuri imobile sunt incluse în această formulă de exemplu. Dar cuvântul „proprietate” trebuie înțeles în sensul său cel mai larg: astfel debitorul care vinde o valoare mobilă, o creanță sau un brevet transferă o proprietate^[5].

Jurisprudența constată că s-au anulat astfel, în mod tradițional, remiterile de datorii^[6], compensarea pentru o remitere de datorie inclusă într-o tranzacție recunoscută valabilă, pe motiv că preocuparea de a evita un proces constituie o contraprestație suficientă^[7], constituirile de drepturi reale cu titlu gratuit, garanțiile acordate cu titlu gratuit.

Donațiile modice, chiar dacă acestea au un caracter remuneratoriu, trebuie anulate.

Problema se poate pune în legătură cu gratificațiile, primele și bonusurile acordate salariaților de către o persoană aflată în stare de încetare de plăți. Natura juridică a unor astfel de sume decurge, în același timp, dintr-o intenție liberală și din executarea

^[1] Conform art. 1 alin. (3) și (4) din Legea nr. 32/1994 privind sponsorizarea: „Mecenatul este un act de liberalitate prin care o persoană fizică sau juridică, numita mecena, transferă, fără obligație de contrapartidă directă sau indirectă, dreptul său de proprietate asupra unor bunuri materiale sau mijloace financiare către o persoană fizică, ca activitate filantropică cu caracter umanitar, pentru desfășurarea unor activități în domeniile: cultural, artistic, medico-sanitar sau științific – cercetare fundamentală și aplicată. Actul de mecenat se încheie în formă autentică, în care se vor specifica obiectul, durata și valoarea acestuia”.

^[2] Art. 8 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, înlocuiește terminologia acte/fapte de comerț cu activități de producție, comerț sau prestări de servicii.

^[3] A. Martin-Serf, Répertoire de droit commercial, parag. 72, www.dalloz.fr.

^[4] *Ibidem*, precum în Franța, cazul sponsorizării corporative sau *sponsoring*-ului. Într-adevăr, debitorul care a finanțat în mod gratuit activități culturale sau sportive speră ca prin acest mijloc să contribuie la creșterea notorietății societății sale, iar acest aspect, în termeni de marketing, constituie contraprestația economică a cheltuielilor efectuate.

^[5] Cass. com. 1^{er} févr. 2000, RJDA 2000, nr. 570; 24 sept. 2003, Rev. proc. coll. 2004. 386, obs. G. Blanc.

^[6] Cass. com. 20 sept. 2005, Gaz. Pal. 10-11 févr. 2006, p. 29, obs. Ph. Roussel Galle; CA Aix-en-Provence, 19 févr. 2002, Act. pr. coll. 2002, nr. 224.

^[7] Cass. com. 2 oct. 2001, Bull. civ. IV, nr. 154, D. 2001, AJ 3119, obs. A. Lienhard, RTD com. 2002, 164, obs. A. Martin-Serf.

contractului de muncă, ca remunerație suplimentară. Este, cu toate acestea, dificil să luăm în considerare varianta impunerii beneficiarilor acestor plăți complementare salariului, să le restituie în temeiul nulității aferente perioadei suspecte în care se afla angajatorul lor.

În privința contractului de asigurare, s-a consacrat o veche jurisprudență completă față de persoana care contractează o asigurare de viață în favoarea unui terț. Această jurisprudență consideră că primele prelevate asupra veniturilor constituiau o cheltuială normală și nu o donație. În cazul asigurărilor de viață, creditorii asiguratului nu au niciun drept asupra capitalului stipulat în favoarea unui beneficiar determinat. Organul care acționează pentru reconstituirea activului debitorului poate doar pretinde rambursarea primelor plătite în cursul perioadei suspecte, atunci când primele au fost în mod manifest exagerate, raportat la posibilitățile normale ale asiguratului.

Acțiunea este îndreptată împotriva donatarului, pentru ca bunul donat să intre în activul debitorului. În cazul în care o donație este anulată, donatarul trebuie să îi restituie debitorului ceea ce a primit, chiar dacă a fost de bună-credință. În acest caz nu se poate aplica atenuarea tradițional admisă în materia acțiunii pauliene, potrivit căreia donatarul nu trebuie să restituie decât îmbogățirea. Donatarul trebuie să returneze, de asemenea, și fructele percepute.

În acord cu unii autori, credem că dispoziția legală analizată nu se referă și la actele dezinteresate, deoarece acestea nu presupun micșorarea patrimoniului debitorului, prin intermediul acestora nerealizându-se un transfer patrimonial^[1].

1.2. Atitudinea subiectivă a părților contractante

12. În această ipoteză, nu se cere ca terțul beneficiar al actului cu titlu gratuit să fie de rea-credință, însă atitudinea subiectivă a acestuia are relevanță juridică în ceea ce privește *întinderea obligației de restituire*. De aceea, anularea unui act cu titlu gratuit efectuat de debitor va antrena nulitatea actului subsecvent de vânzare a bunului donat, neavând relevanță buna-credință a dobânditorului.

Articolul 117 alin. (2) lit. a) din lege este o aplicație a principiului potrivit căruia dacă terțul beneficiar al liberalității urmărește să își mărească patrimoniul (*certat de lucro captando*), creditorii urmăresc să evite un prejudiciu (*certat de damno vitando*).

În ceea ce privește liberalitățile pentru cauză de moarte (testamentul)^[2], considerăm că legiuitorul nu s-a referit și la acestea, dat fiind că ele nu produc efecte decât din momentul morții debitorului testator (evident, este vorba despre debitorul persoană juridică).

[1] I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței, comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 499.

[2] În privința noțiunii de testament, a se vedea I. Adam, A. Rusu, *Drept civil. Succesiuni*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 137-144. Pentru o lucrare amplă și fundamentată, referitoare la limitele dreptului de a dispune prin testament de bunurile care compun succesiunea, a se vedea R. Popescu, *Dreptul de moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii*, Ed. Universul Juridic, București, 2004.

1.3. Sancțiunea aplicabilă

13. S-a apreciat că, de fapt, în cazul acestor acte, nu este vorba despre sancțiunea nulității, ci mai degrabă despre o formă specială de *revocare*^[1] a actelor cu titlu gratuit, deoarece o altă interpretare ar duce la soluții contrare scopului legiuitorului. Este greu de susținut opinia nulității pentru că, de esența ei, este existența unei încălcări a legii în momentul încheierii actului^[2]. Dacă se admite că este vorba despre nulitate, nu ar putea fi anulate actele cu titlu gratuit încheiate în mod valabil^[3]. Pentru aceste rațiuni, s-a susținut că actele cu titlu gratuit încheiate în mod legal pot fi revocate (anulate, în limbajul legii), întrucât din partea terțului beneficiar lipsește contraprestația, astfel că este preferabilă desființarea actului în detrimentul terțului, dar în favoarea creditorilor debitorului insolvent^[4].

Însă, în acest context, opinia rămâne cantonată sub aspectul analizei doar la nivelul dreptului comun, fără să ia în considerare aspectele specifice din materia insolvenței. Chiar dacă încheierea actului s-a făcut cu respectarea condițiilor legale de valabilitate din dreptul comun, în sensul respectiv s-ar putea ajunge doar la concluzia că actul nu ar putea fi anulat, ci *revocat*, decât dacă încheierea lui a intervenit în cadrul derulării unei activități normale a debitorului, când sunt aplicabile exclusiv dispozițiile dreptului comun, totuși, din momentul în care în analiza situației debitorului devine incidentă insolvența, nu se mai poate aprecia activitatea debitorului ca fiind normală și devin aplicabile în mod prioritar regulile și raționamentele specifice reglementării insolvenței referitoare, în speță, la *anularea actului*^[5].

Prin actul cu titlu juridic gratuit o persoană își micșorează patrimoniul pentru a o îmbogăți pe alta, se transmite un folos material fără a se urmări obținerea altuia sau a unei contraprestații. Legiuitorul român a avut în vedere mai mult liberalitățile (prin care cel care dispune își reduce averea în măsura folosului material transmis), dar nu a exclus și actele dezinteresate (cum ar fi comodatul, depozitul gratuit etc.)^[6], dacă sunt îndeplinite și celelalte condiții.

Pe de o parte, fiind efectuate în perioada suspectă, toate actele de transfer a unor bunuri imobile sau mobile, drepturi patrimoniale, efectuate cu titlu gratuit, nu sunt compatibile, sunt contrare insolvenței, stării de incapacitate de plată, de lipsă a disponibilităților bănești, ca atare contravin activității care ar trebui să fie desfășurată în mod corespunzător situației conducând la micșorarea averii debitorului în dauna creditorilor^[7]. Pe de altă parte, în literatură se apreciază că actele cu titlu gratuit pure sunt

[1] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii pe articole*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 395.

[2] G. Boroi, *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 221-222.

[3] De pildă, un contract de sponsorizare pentru o sumă care depășește valoarea deductibilă fiscal, încheiat cu aproape 3 ani înainte de deschiderea procedurii insolvenței, într-o perioadă în care nu se putea trage în niciun fel concluzia că gratificatorul ar putea ajunge în stare de insolvență. În acest caz, nu suntem în prezența unui act ilegal sau fraudulos, deoarece acesta nu este încheiat cu încălcarea legii și nici în fraudă a creditorilor; nu poate exista fraudă când există bună-credință și legea este respectată.

[4] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 283.

[5] A. Avram, op. cit., p. 184.

[6] Pentru o analiză a acestor acte, a se vedea, de exemplu, Fr. Deak, *Tratat de drept civil. Contracte civile speciale*, Ed. Universul Juridic, ed. a 4-a, 2006-2007, și prin prisma dispozițiilor din noul Cod civil, F. Moțiu, *Contractele speciale*, în *Noul Cod civil*, ed. a 3-a, Ed. Universul Juridic, București, 2013.

[7] O amplă critică a teoriei nulității și a susținerii teoriei revocării, în I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 493.

incompatibile cu natura speculativă a activității comerciale^[1]. Credem că în acest caz nu este vorba doar de o apreciere generală, în sensul că actele cu titlu gratuit sunt în sine nepotrivite cu natura speculativă a activității comerciale, ci de o rațiune mai concret specifică materiei insolvenței. Legiuitorul a prezumat că în condițiile respective actul este încheiat în fraudă creditorilor, care urmăresc să evite un prejudiciu (în timp ce debitorul dorește să scoată bunul de sub viitoarea urmărire din partea acestora, iar beneficiarul actului gratuit să își mărească patrimoniul).

În formularea textului de lege, aspectul fraudulos privind încheierea actului a fost diluat în cuprinsul descrierii actului vizat, astfel că nu mai este prevăzut expres, ca element în sine supus probării. Această idee implică și faptul că încheierea actului în condițiile respective s-a făcut de către debitor cu încălcarea legii, dat fiind că plata creditorilor și păstrarea averii în acest scop, iar nu gratificarea unor terți, constituie pentru debitor o obligație legală^[2]. *Nemo liberalis, nisi liberatus*. Rațiunea normei legale este evidentă. Debitorul poate fi generos sau păgubos numai cu condiția executării impecabile a obligațiilor proprii față de creditorii^[3]. Or, este nefiresc ca un debitor să facă daruri, dar să nu-și poată plăti datoriile față de alții^[4]. Pot fi desființate pe această cale și donațiile deghizate în împrumuturi a căror rambursare nu a fost avută în vedere. Printre actele de această natură se numără și partajele dezechilibrate în detrimentul debitorului, care pot fi calificate drept liberalități.

În dreptul francez s-a admis că și în cazul garanțiilor acordate de debitor, atât cele reale, cât și cele personale, deși acestea nu au efect translativ imediat, utilizarea lor va antrena un astfel de rezultat. De asemenea, a fost considerat ca act cu titlu gratuit cesiunea gratuită a unui brevet de invenție^[5]. În cazul disimulării în forma vânzării, prețul derizoriu se asimilează absenței prețului^[6]. Este de înțeles că nulitatea privește doar actele cu titlu gratuit făcute de debitor în favoarea altor persoane, nu și actele prin care debitorul în perioada suspectă primește o donație.

1.4. Excepțiile de la incidența acțiunii în anulare

14. Bazată fiind pe dispozițiile art. 117 din Codul insolvenței, acțiunea în anulare nu poate afecta sponsorizările în scop umanitar. Dispoziția este menținută în aceeași formă cu cea avută în Legea nr. 85/2006. *Contractul de sponsorizare* nu trebuie confundat cu mecenatul.

Conform art. 1 alin. (1) și (2) din Legea nr. 32/1994, *sponsorizarea* este actul juridic prin care două persoane convin cu privire la transferul dreptului de proprietate asupra unor bunuri materiale sau mijloace financiare pentru susținerea unor activități fără scop lucrativ desfășurate de către una dintre părți, denumită beneficiarul sponsorizării. Contractul de sponsorizare se încheie în formă scrisă, cu specificarea obiectului, valorii și duratei sponsorizării, precum și a drepturilor și obligațiilor părților. Dacă obiectul

[1] I. Turcu, Legea (...), p. 365, St.D. Cărpenu, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 283.

[2] A. Avram, op. cit., p. 184.

[3] I. Turcu, Legea (...), p. 365.

[4] M. Jeantin, P. le Cannu, Droit commercial, Entreprises en difficulté, 7^e éd., Ed. Dalloz, 2006, p. 414.

[5] Pentru dezvoltări, a se vedea *ibidem*.

[6] Pentru dezvoltări, a se vedea doctrina și jurisprudența citate de B. Soinne, Traité des procédures collective, Commentaires des textes, 2^e éd., Ed. Lexis Nexis, p. 1450 și urm.

contractului de sponsorizare îl formează bunuri materiale, acestea vor fi evaluate, prin actul juridic încheiat, la valoarea lor reală din momentul predării către beneficiar^[1].

Nu beneficiază de facilitățile recunoscute de lege următoarele categorii de sponsori-zări: cele reciproce; cele către rude ori afini până la gradul patru inclusiv; cele în favoa-re a unei persoane juridice fără scop lucrativ primite din partea altei persoane juridice care conduce sau controlează persoana sponsorizată.

Deductibilitățile sponsorilor privesc baza impozabilă care se reduce cu echivalentul sponsorizării, dar fără a depăși cota procentuală de reducere menționată la art. 8 alin. (1) și, în cazul mecenatului, cota prevăzută de alin. (2) al aceluiași articol. Pentru beneficiarul sponsorizării sau mecenatului operează scutirea de plată impozitului pe venit pentru sumele primite cu acest titlu sau bunurile materiale primite.

Nu beneficiază de facilități sponsorul care, în mod direct sau indirect, urmărește să direcționeze activitatea beneficiarului^[2].

1.5. Calificarea juridică a actului

15. Această operațiune este atributul judecătorului-sindic^[3], care poate stabili că un act aparent cu titlu oneros este, în realitate, cu titlu gratuit, indiferent de denumirea dată de părți actului în cauză. Astfel, s-a decis că se impune anularea unei „tranzacții” autentificate, dacă ea se referă la transferul unui bun pentru stingerea unui împrumut personal acordat de către beneficiarul tranzacției unuia dintre asociații debitorului^[4]. Într-un asemenea caz, pe lângă acest temei (gratuitatea), se va putea reține și incidența cazului prevăzut la art. 169 alin. (1) lit. c), deoarece a existat și intenția de fraudă a păr-ților. Vor fi anulate chiar și contractele de sponsorizare, cu excepția acelor care au fost efectuate în scop umanitar^[5].

1.6. Forma actului

16. Legea nu prevede în acest sens vreo dispoziție particulară. Totuși, pentru opo-zabilitate, actul trebuie încheiat în forma scrisă. Atunci când există dispoziții speciale

[1] Din textul legii rezultă că poate beneficia de sponsorizare dacă îndeplinește condițiile prevăzute la art. 4, orice persoană juridică fără scop lucrativ care desfășoară sau va desfășura activitate în domeniile: cultural, artistic, educativ, de învățământ, științific – cercetare fundamentală și aplicată, umanitar, religios, filantropic, sportiv, al protecției drepturilor omului, medico-sanitar, de asistență și servicii sociale, de protecția mediului, social și comunitar, de reprezentare a asociațiilor profesionale, precum și de întreținere, restaurare, conservare și punere în valoare a monumentelor istorice; instituții și autorități publice, inclusiv organe de specialitate ale administrației publice, pentru activitățile prevăzute la lit. a). De asemenea, pot fi sponsorizate emisiunile și programele de televiziune sau radio-difuziune, precum și cărțile ori publicațiile din domeniile definite la lit. a); poate fi beneficiar al sponsorizării orice persoană fizică cu domiciliul în România a cărei activitate într-unul dintre domeniile enumerate este recunoscută de către o persoană juridică fără scop lucrativ sau de către o instituție publică din domeniul pentru care se solicită sponsorizarea. De mecenat poate beneficia orice persoană fizică cu domiciliul în România fără a mai fi necesar să îndeplinească condiția anterioară.

[2] I. Turcu, *Legea (...)*, p. 366.

[3] C.A. Cluj, s. com. cont. adm., dec. nr. 584/2003, în *Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2003*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 397.

[4] Trib. București, s. a VII-a com., dec. nr. 1725/2004, nepublicată.

[5] Pentru o analiză riguroasă a contractului de sponsorizare, a se vedea *T. Prescure, Curs de contracte civile*, Ed. Rosetti, 2003, p. 215-229.

aplicabile pentru valabilitatea lui, ele trebuie îndeplinite, altfel, actul este nul de drept fără a mai putea fi obiect al acțiunii analizate în acest context^[1].

1.7. Data actului cu titlu gratuit trebuie să fie plasată în perioada suspectă

17. Dacă oferta s-a lansat anterior perioadei suspecte, dar notificarea acceptării s-a produs în perioada suspectă, actul este anulabil. Pentru acest caz de anulare, legea a stabilit întinderea perioadei suspecte la 2 ani, în interiorul căreia trebuie făcută dovada datei actului supus art. 117 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței.

1.8. Condiția inexistenței bunurilor suficiente pentru acoperirea pasivului

18. Legea nu impune, nici în mod direct și nici implicit, existența sau nu a posibilității de acoperire a creanțelor debitoare de valoarea bunurilor acesteia. Anularea unui transfer patrimonial fraudulos *nu este condiționată de dovedirea faptului că averea debitorului nu este suficientă pentru acoperirea pasivului*, întrucât legiuitorul dă posibilitatea promovării unei acțiuni în anularea oricărui transfer fraudulos de către administratorul ori lichidatorul judiciar pentru a preîntâmpina manevrele frauduloase de natură a diminua activul societății debitoare.

Este anulabilă, astfel, operațiunea juridică de cesionare cu titlu gratuit a unor acțiuni deținute de debitoare la o altă societate comercială, dacă operațiunea respectivă a fost efectuată în perioada suspectă^[2]. Cu toate acestea, apreciem că este greu de dovedit existența interesului în promovarea unei acțiuni, dacă debitoarea deține în patrimoniu suficiente bunuri pentru a acoperi, în urma valorificării, toate creanțele și cheltuielile procedurii. Într-adevăr, Legea nr. 85/2006 nu face o astfel de distincție și este dificil de apreciat, practic, dacă s-ar realiza cu succes o plată totală, în ce măsură s-ar mai justifica pretinsa păgubire a creditorilor. Pe de altă parte, instituirea acestui instrument nu are ca scop o anumită situație, ci, s-ar putea pretinde că interesul general, caracterul preventiv sunt, astfel, evidențiate, iar particularitățile unei anumite proceduri devin aspecte secundare ale reglementării.

Tocmai datorită caracterului interpretabil al unor astfel de raționamente juridice, și pentru că au existat cazuri în jurisprudență care au calificat o lipsă de interes

^[1] În ceea ce privește cerința formei, nu în toate statele dreptul obligațiilor impune o formă specială pentru încheierea unui contract, ci doar pentru contractele speciale: de exemplu, dreptul austriac, în art. 883 C. civ. general, nu impune încheierea contractului într-o formă determinată, cu excepția cazurilor prevăzute de lege și în art. 861 C. civ. general (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), potrivit căruia contractul ia naștere în temeiul unui acord de voință; în doctrină, de exemplu, H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts* – Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht, ed. a 11-a, Manzsche Verlags – u. Universitätsbuchhandlung, Viena, 2000, p. 109 și urm.; în dreptul italian, a se vedea art. 1350 C. civ., care impune forma scrisă doar pentru contractele speciale și art. 1321 C. civ. (Codice civile), potrivit căruia contractul este o convenție între două sau mai multe părți, prin care părțile creează, reglementează sau pun capăt unui raport juridic reciproc. În doctrina italiană, a se vedea, de exemplu, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ed. a 12-a, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006, p. 837 și urm.; în dreptul german, a se vedea, prin analogie, art. 125 C. civ. (*Bürgerliches Gesetzbuch*, denumit în continuare „BGB”), din care reiese că un act juridic care nu este încheiat în forma prevăzută de lege este nul; în dreptul sloven, a se vedea art. 51 din Codul obligațiilor, care prevede că nu se impune nicio formă pentru încheierea unui contract, cu excepția cazului în care legea prevede altfel; în dreptul spaniol, a se vedea art. 1278 C. civ., din care reiese că, atunci când sunt îndeplinite condițiile esențiale de validitate, contractele sunt obligatorii, indiferent de forma în care acestea sunt încheiate, www.eur-lex.europa.eu.

^[2] C.A. Iași, s. com., dec. nr. 247/2007, nepublicată.

în promovarea acțiunii în anularea unor acte sau transferuri frauduloase pentru că argumentul că programul de plăți aferent planului de reorganizare privea acoperirea întregului pasiv asumat la plată^[1], Codul insolvenței a optat pentru soluția consacrată în art. 140 alin. (2), și anume „Dacă după confirmarea planului de reorganizare se vor recupera sume suplimentare din acțiuni introduse în temeiul art. 117, acestea se vor distribui în modul prevăzut de art. 163”, aspect pe care îl vom dezvolta în continuare în cadrul Secțiunea a 5-a, §1 de mai jos.

1.9. Probe necesare admiterii acțiunii. Sarcina probei

19. Dacă din înscrisurile depuse la dosar și din contractul încheiat de părți, a cărui anulare se cere, rezultă că a fost achitat în întregime prețul convenit, nu se poate admite acțiunea. Or, deși practicianul în insolvență exercită o acțiune în care beneficiază de *prezumția* instituită de art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței („În privința actelor și operațiunilor prevăzute la art. 117 alin. (2) se instituie o *prezumție* relativă de fraudă în dauna creditorilor”), practicianul trebuie să coroboreze această *prezumție* și cu alte mijloace de probă, având în vedere că este o *prezumție* relativă și nu una absolută. Pe de altă parte, terțul dobânditor, pentru a răsturna această *prezumție*, trebuie să facă dovada lipsei fraudării intereselor creditorilor.

De asemenea, când nu s-a dovedit prin niciun înscris că bunurile mobile – mijloace fixe enumerate în listele depuse la dosar – *au făcut obiectul* contractului de vânzare-cumpărare, și că aceste bunuri *au fost preluate în fapt* de către părătă, nu se poate concluziona că aceste liste sunt anexe la contractul încheiat de către debitor cu părătă, întrucât nu poartă niciun element care să confirme *prezumția* indusă de administratorul judiciar, iar factura emisă în vederea scăderii bunurilor vândute din evidența contabilă a societății nu menționează existența unor liste anexă. În plus, contractul din litigiu a mai făcut obiectul analizei judecătorești într-un alt proces, în urma căruia s-a stabilit, irevocabil, că nu este lovit de nulitate absolută. Din listele depuse de debitor rezultă, așa cum susține chiar lichidatorul, că pozițiile analizate aveau valoare contabilă zero și, ca urmare, transferul nu poate fi considerat fraudulos fără a se lămuri, prin vreo altă probă, acest aspect, respectiv faptul că valoarea ar fi fost una diferită^[2].

Cum legea nu derogă de la dreptul comun decât în ceea ce privește instituirea *prezumției* de fraudă, orice altă împrejurare, dar și încadrarea actului în situațiile impuse de lege, va fi dovedită de practicianul în insolvență, căruia legea îi conferă legitimitate procesuală activă principală, conform dreptului comun.

1.10. Fiducia

20. Noul Cod civil stabilește, în cuprinsul dispozițiilor art. 775, că sunt interzise liberalitățile indirecte, sancționând cu nulitatea absolută contractul de *fiducie*^[3], dacă prin el se realizează o liberalitate în folosul beneficiarului. Va deveni astfel, mult mai simplu

^[1] A se vedea, în acest sens, C.A. București, dec. nr. 588 din 14 martie 2013, nepublicată.

^[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 358/2007, nepublicată.

^[3] Art. 773 NCC definește *fiducia* ca operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciari care le administrează cu un scop determinat, în folosul unuia sau al mai multor beneficiari. Aceste drepturi alcătuiesc o masă patrimonială autonomă, distinctă de celelalte drepturi și obligații din patrimoniile fiduciarilor.

de dovedit, în cazul în care există deja o sancțiune legală, care vor fi consecințele nerespectării acestei dispoziții^[1]. Totuși, textul va exclude de la aplicarea normei speciale liberalitatea mascată, dar credem că, venind în concurs cu sancțiunea impusă de legea insolvenței, aceasta din urmă va avea prioritate față de norma generală^[2].

§2. Acte dezechilibrate

21. Actele prevăzute de art. 80 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006 sunt în prezent reglementate de dispozițiile art. 117 alin. (2), lit. b) din Codul insolvenței, menținând de-finirea lor ca fiind acele operațiuni comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii^[3].

Două rațiuni justifică anularea acestor contracte care par a fi valabil încheiate, conform cerințelor de validitate cuprinse în Codul civil, și anume: (i) *principiul ordonării rangului creditorilor*, care guvernează procedura insolvenței, contrazis de contractele dezechilibrate, și (ii) dezechilibrul vădit, care devine un indiciu că acel partener contractual și-a creat o situație privilegiată, un avantaj exagerat. Or, astfel cum am subliniat, debitorul poate să fie generos sau păgubos numai în condiții de executare impecabilă a obligațiilor proprii și de plată integrală a datoriilor sale. În situații de criză, când fondurile disponibile nu-i mai ajung pentru a-și plăti datoriile exigibile, luxul de mai sus nu-i mai este îngăduit, iar libertatea lui contractuală este repusă în discuție.

^[1] Datorită separației patrimoniului, efectele asupra limitelor drepturilor creditorilor se pot prezenta, succint, astfel: dacă față de fiduciar se deschide procedura insolvenței, această procedură nu se extinde și asupra masei patrimoniale fiduciare; bunurile din masa fiduciară pot fi urmărite în principiu, în condițiile legii, de titularii de creanțe care s-au născut în legătură cu bunurile din masa fiduciară sau de creditorii constitutorului ale căror creanțe sunt garantate prin ipotecă sau gaj asupra bunurilor cărora le corespund drepturile; ceilalți creditori ai constitutorului ar putea urmări acele bunuri numai dacă, în prealabil, s-ar desființa contractul de fiducie sau el ar deveni inopozabil în orice mod, cu efect retroactiv, față de acei creditori; în ce privește pe titularii creanțelor născute în legătură cu bunurile din masa patrimonială fiduciară, aceștia nu pot urmări alte bunuri decât cele din masa patrimonială fiduciară, excepție fiind cazul în care în contractul de fiducie s-a prevăzut că fiduciarul sau constitutorul, sau ambii răspund pentru o parte ori pentru chiar tot pasivul fiduciei. Într-o asemenea situație, în prealabil trebuie să fie urmărit de către creditori activul masei patrimoniale fiduciare, după aceea, dacă nu s-au stins, creanțele urmând să fie executate silit asupra bunurilor fiduciarului sau constitutorului, sau bunurilor ambilor, în limita și în ordinea pe care o prevede contractul de fiducie, *I. Turcu*, *Se poartă fiducia*, www.juridice.ro.

^[2] De asemenea, va rămâne de stabilit în ce măsură limitarea creditorilor în dreptul de urmărire va fi afectată și, dacă sunt realizate condițiile legii, în ce măsură acțiunea în anulare poate privi și astfel de contracte. În cazul constituirii fiduciei-garanție, unul dintre dezavantajele pe care le aduce această instituție, din perspectiva aici analizată, este posibilitatea partajării unor active ale fiduciarului, instituindu-se o segmentare a patrimoniului în două sau mai multe mase patrimoniale distincte, care, urmare a divizării patrimoniului prin crearea lui mai multor mase, are ca efect și scindarea creditorilor, deoarece aceștia nu vor putea urmări decât bunurile în legătură cu care s-a născut dreptul lor de creanță (art. 786). În privința fiduciei-gestiune fiind vorba despre o masă patrimonială distinctă, implicațiile sunt mari în relațiile de afaceri: va exista o contabilitate separată, va fi impozitată și taxată separat, creditorii nu vor putea urmări decât activele din masa patrimonială fiduciară, răspunderea fiduciarului va fi limitată la acel patrimoniu, iar răspunderea constitutorului pentru celelalte afaceri ale sale nu va putea atinge patrimoniul afectat fiduciei. Pentru dezvoltări vezi *L. Tec*, *Aplicații ale fiduciei în dreptul afacerilor în lumina noului Cod civil, în Noile Coduri ale României, Studii și cercetări juridice*, editura Universul Juridic, București, 2011, p. 208-223, *E.C. Iordăchescu*, *Implementarea fiduciei în practica bancară. Modalități și concluzare instituțională*, www.iordachescu-law.ro.

^[3] Legea nr. 85/2006 permite anularea acestor acte dacă sunt încheiate în perioada de 3 ani anteriori deschiderii procedurii. Noua lege reduce perioada suspectă, într-o încercare de aliniere cu principiile dreptului civil.

2.1. Contracte comutative

22. Sunt incluse în această categorie operațiunile comerciale patrimoniale oneroase și comutative, iar nu și cele aleatorii, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii insolvenței, în care debitorul execută o prestație de o valoare disproporționat de mare față de valoarea primită. Nu intră în categoria operațiunilor pe care le analizăm aici *contractele aleatorii* legale (încheiate în exercițiul normal al activității debitorului). Sunt contracte aleatorii acele acte cu titlu oneros în care părțile au în vedere posibilitatea unui câștig și riscul unei pierderi, din cauza unei împrejurări viitoare și incerte, de care depinde întinderea sau chiar existența obligațiilor lor^[1] (de pildă, contractul de asigurare).

Contractele aleatorii rămân valabile, deoarece dezechilibrul, dacă există, are un caracter normal, fiind rezultatul unui eveniment incert și nu al manevrei creditorului. Această distincție este conformă jurisprudenței care exclude, în principiu, aplicabilitatea leziunii în contractele aleatorii pe motiv că elementul „alea” face imposibilă orice comparație a prestațiilor^[2]. Or, acest caz de nulitate de drept este o aplicație particulară a *leziunii*, în favoarea debitorului aflat în încetare de plăți.

2.2. Caracterul actului

23. O altă precizare care se impune a fi făcută este aceea referitoare la natura actelor juridice care se circumscriu sferei de aplicabilitate a dispozițiilor art. 117 alin. (2) lit. b), fiind vizate de textul legal numai acelea care reprezintă operațiuni comerciale. Poate fi vorba atât de operațiuni cu bunuri mobile, cât și de operațiuni cu bunuri imobile, în acest din urmă caz numai cu condiția ca bunul să facă parte din fondul de comerț al debitorului^[3].

Actele vizate de acest text trebuie să fie acte cu caracter comutativ^[4] și leziunare (disproporție vădită de valoare între contraprestații), iar nu orice acte în care disproporția de valoare între contraprestații este lipsită de echivalență. S-a considerat că, practic, este vorba despre anularea unor acte juridice leziunare încheiate de persoane având deplină capacitate juridică^[5]. Deși suntem în prezența unei diferențe evidente de valoare între două contraprestații, nu considerăm că acțiunea este una în anulare pentru leziune viciu de consimțământ, deoarece pentru succesul acesteia nu are nicio relevanță existența vicerii consimțământului, ci numai aspectul – pur obiectiv – disproporția vădită de valoare între contraprestații. Sublinierea este necesară, pentru că nu prezintă importanță dacă debitorul a încheiat actul în cunoștință de cauză sau nu. Această soluție se bazează pe *ideea* de leziune^[6]. Doar o *leziune considerabilă* deschide calea unei

[1] G. Boroș, L. Stănculescu, op. cit., p. 42.

[2] J. Desprez, La lésion dans les contrats aléatoires, RTD civ. 1955. 1; F. Grua, Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, RTD civ. 1983, p. 263.

[3] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 502.

[4] I. Turcu, Situația unor acte judiciare ale debitorului aflat în procedura insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 7-8/2000, p. 18; V. Pașca, op. cit., p. 13.

[5] Leziunea a fost definită ca fiind acel viciu de consimțământ care constă în disproporția vădită de valoare între două prestații. Gh. Beleiu, Drept civil român. Introducere în dreptul civil, op. cit., p. 150.

[6] Roblot, Delebecque, Germain, Traité de droit commercial, în L.G.D.J., 2004, p. 898.

acțiuni în nulitate, acest caracter notabil fiind apreciat în ziua concluzionării contractului^[1] și în manieră suverană de către judecătorii fondului^[2].

Contractul este comutativ când obligația uneia dintre părți este echivalentul obligației celeilalte, respectiv, în cazul în care părțile cunosc sau pot ști, din momentul încheierii actului, întinderea și existența obligațiilor^[3], ele ne reprezentând nicio măsură de hazard^[4]. Noul Cod civil definește, în art. 1173 alin. (1), contractul comutativ ca fiind contractul în care, la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă.

Dreptul insolvenței, permițând lipsirea de efecte a unui contract încheiat în conformitate cu regulile dreptului comun al obligațiilor, această sancțiune fiind specifică perioadei suspecte creează, fără îndoială, nesiguranță în raporturile juridice, un pericol pe care trebuie să îl reducem la minim. O atare convenție dezechilibrată ar putea fi constituită de o donație deghizată în cazul în care intenția liberală a debitorului a fost dovedită și ea ar intra atunci în categoria precedentă a actelor nule de drept. Chiar dacă intenția liberală nu poate fi stabilită, dezechilibrul prestațiilor este suspect, el permite adesea prezumarea relei-credințe a cocontractantului, și este, în orice caz, contrar regulii egalității dintre creditorii. Creditorul în cauză, temându-se sau dorind să profite de starea de încetare de plăți a partenerului său, a încercat să își asigure o situație privilegiată obținând avantaje exorbitante. Nulitatea pare deplin justificată de aceste considerente^[5]. Totuși, față de nerespectarea principiului echivalenței prestațiilor, încheierea unui astfel de contract produce o pagubă în averea debitoarei, procurând un avantaj cocontractantului care, în condiții normale, nu l-ar fi avut^[6].

[1] Cass. com. 10 dec. 2002: RJDA, 2003, nr. 521, RPC 2004, 71, obs. Blanc; RTD com. 2004, 813, obs. Martin-Serf; Paris 19 martie 1979: D. 1981, 192 nota J. Huet, și cu privire la recurs: Cass. com. 16 febr. 1982: Bull. IV, nr. 82, D. 1982, IR4, obs. Derrida; RJ com., 1982, 53, nota Soinne.

[2] Cass. com. 17 dec. 1974: Bull. civ. IV, nr. 328; Cass. com. 17 dec. 1979: Bull. civ. IV, nr. 336; pentru o sistare de acțiuni: Versailles 30 sept. 1993: DR. sociétés, febr. 1994, 10, obs. Y. Chaput; pentru o tranzacție dezechilibrată: Paris, 14 noiembrie 1996: RPC 1998, 205 obs. Lemistre.

[3] G. Boroi, L. Stănculescu, op. cit., p. 42.

[4] R.I. Motica, E. Lupan, op. cit., p. 36.

[5] A. Martin-Serf, Répertoire (...) parag. 84.

[6] În practica judiciară, în mod judicios a fost respinsă acțiunea formulată de către lichidator prin care acesta a solicitat constatarea nulității absolute a contractului de vânzare-cumpărare având ca obiect un imobil, încheiat între debitoarea aflată în insolvență și un terț dobânditor, invocându-se în drept prevederile art. 61 lit. b) din Legea nr. 64/1995. Pentru a pronunța această soluție, instanța a reținut că între debitoarea insolventă și terțul dobânditor s-a încheiat un contract de vânzare-cumpărare având ca obiect un imobil pentru care a fost plătit prețul de 100 milioane lei vechi și că, față de aceste date, nu se poate considera că prețul de vânzare este unul derizoriu, nserios, astfel că nu se poate considera că prețul este atât de disproporționat în raport de valoarea lucrului vândut. Mai mult, tot în mod judicios s-a mai reținut de către instanță că existența unor rapoarte de evaluare cu privire la imobilul menționat, rapoarte de evaluare care s-au efectuat ulterior încheierii contractului de vânzare-cumpărare și prin care s-a stabilit o valoare mult mai mare decât prețul menționat, nu prezintă relevanță, deoarece valoarea rezultată dintr-o evaluare nu trebuie să coincidă cu prețul de vânzare. S-a mai reținut că, în cazul în care prețul este sincer și serios, contractul de vânzare-cumpărare este valabil chiar dacă prețul este mult inferior ori superior valorii reale a lucrului vândut, întrucât părțile sunt libere să determine prețul, astfel că valoarea lucrului vândut trebuie raportată și la subiectivismul părților, interesele economice ale acestora din momentul contractării, influențele pieței etc. (Trib. Brașov, s. com., sent. civ. nr. 607/2006; apud I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 502).

2.3. Depășirea vădită a prestației debitorului

24. Textul legal se referă la existența unei disproporții vădite de valoare, iar nu a unei disproporții discutabile, în favoarea terțului, între prestațiile reciproce. Reținem că nu este avută în vedere o valoare neserioasă sau o diferență mică de valoare. În cazul valorii neserioase, fie actul este cu titlu gratuit, deoarece practic nu există contraprestație, fie este lipsit de cauză. Pe de altă parte, dacă diferența de valoare între prestațiile reciproce este mică sau nesemnificativă ori nu există probe din care să rezulte diferența vădită, actul nu poate fi anulat^[1]. Un exemplu de act dezechilibrat din punct de vedere valoric îl constituie aportul debitorului la capitalul social al unei persoane juridice în schimbul căruia acesta primește acțiuni de valoare vădit mai mică^[2].

În practica judiciară a fost anulat un contract de vânzare-cumpărare a unui bun la un preț vădit inferior valorii de circulație^[3], ori încheiat de către debitor cu o societate comercială, în care prețul (47.946 dolari SUA) urma să se plătească eșalonat, în funcție de posibilitățile financiare ale cumpărătoarei și se achitase numai un avans de 30 de dolari SUA^[4], în schimb, a fost respinsă acțiunea în anularea unui contract de vânzare-cumpărare având obiect o garsonieră, cu motivarea că persoana care a cumpărat imobilul a plătit un preț echivalent al valorii garsonierei, raportat la starea de fapt a acesteia din momentul încheierii contractului^[5].

2.4. Starea de încetare de plăți a debitorului

25. Este nul numai contractul dezechilibrat în detrimentul debitorului aflat în insolvență. În caz contrar, creditorii nu ar justifica niciun interes în a invoca nulitatea unei convenții în mod special avantajoase în ceea ce îi privește. Articolul incident presupune că disproporționalitatea există de la data încheierii contractului. Nulitatea nu ar interveni astfel în cazul în care dezechilibrul s-ar instaura, treptat sau chiar brusc, în timpul executării contractului, în special ca urmare a modificării condițiilor economice.

Este necesar ca obligațiile debitorului să le depășească semnificativ pe cele ale celeilalte părți, condiție apreciată în mod suveran de către instanța de judecată^[6]. Impunând un dezechilibru semnificativ, fără a fixa un procent, legea optează pentru o soluție rezonabilă și contează pe înțelepciunea judecătorilor: *excesul substanțial* este o noțiune mai degrabă intuitivă și economică decât juridică și poate fi apropiată de excesul manifest care îi permite judecătorului să atenueze o clauză penală. Luarea în considerare a oricărui dezechilibru contractual, chiar minim, ar fi creat o prea mare insecuritate juridică, iar limitarea la o *laesio enormis* ar fi restrâns prea mult domeniul de aplicare, și, astfel, eficacitatea și caracterul disuasiv al nulității de drept. În general, instanțele dispun

[1] C.A. Constanța, s. com., dec. nr. 936 din 24 mai 2007, nepublicată.

[2] I. Schiau, op. cit., p. 147.

[3] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 3/2003, în P.J.C. 2003-2004, p. 256. A fost anulat, de asemenea, un act de vânzare-cumpărare încheiat la prețul de 37.000 dolari SUA față de prețul de circulație de 50.000 dolari SUA (C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 895/2003, citată de I. Turcu, în Legea (...), p. 370).

[4] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 537/2007, în Insolvența. Practică judiciară. Legislație comercială 2003-2007. Recursul în interesul legii, Ed. Moroșan, Botoșani 2007, p. 46.

[5] C.A. București, s. a V-a com., dec. nr. 3211/2006, în C.P.J.Com. 2006, vol. I, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 193.

[6] Cass. com. 1^{er} mars 1988, Bull. civ. IV, nr. 93.

efectuarea unei expertize înainte de a se pronunța cu privire la caracterul semnificativ al dezechilibrului^[1].

În practică, s-au anulat un contract de muncă ce prevedea un salariu prea ridicat în favoarea unui angajat al debitorului^[2], contracte de calificare^[3], un contract având ca obiect stimularea ocupării forței de muncă^[4], o locație de gestiune^[5], o cesiune de acțiuni la un preț excesiv din cauza supraevaluării titlurilor^[6], o aportare la capitalul unei societăți a unui imobil în schimbul atribuirii unui procent mic de părți sociale^[7], o vânzare a unui fond de comerț la un preț scăzut^[8], o cesiune în ajunul pronunțării falimentului a unei licențe la un preț cu mult sub valoarea sa pe piață^[9], un contract de cesiune și de licență asupra unei mărci^[10], un contract de locațiune ce conținea clauze referitoare la chirie al căror caracter neobișnuit nu putea fi justificat prin precaritatea contractului^[11].

Nu au fost considerate ca întemeiate cererile în care s-a susținut anularea unui contract comutativ în lipsa recunoașterii caracterului semnificativ dezechilibrat al prestațiilor care ar fi, de asemenea, consistentă: o operațiune de leaseback^[12] sau o vânzare a unui fond de comerț^[13]: caracterul neobișnuit al termenilor de plată nu a fost suficient pentru a caracteriza un dezechilibru semnificativ în favoarea cumpărătorului.

Înșă, încetarea plăților nu înseamnă insolvență. Prin urmare, un debitor poate să nu mai fie în măsură să îi plătească pe unii dintre creditori săi, continuând să-i plătească pe alții. Se pune atunci problema de a ști dacă aceste plăți, efectuate în perioada suspectă, sunt sau nu valabile. În dreptul civil, acțiunea pauliană nu afectează niciodată plățile, în absența unei înțelegeri frauduloase dintre creditor și *accipiens*. Această excludere se întemeiază pe ideea că, plătindu-și datoria, debitorul nu face decât să își execute o obligație și că, acceptând, creditorul nu face decât să profite de dreptul său^[14].

2.5. Argumentele pentru o nulitate parțială a contractului

26. Consecințele nulității contractelor comutative dezechilibrate pot fi înțelese în două moduri: putem vorbi de o nulitate totală care desființează retroactiv întregul contract, acesta fiind presupus a nu produce niciun efect. S-ar putea argumenta, de asemenea, că intervenind din cauza unui exces, nulitatea nu este destinată decât restabilirii

[1] Cass. com., 10 déc. 2002, RJDA 2003, nr. 521, Rev. proc. coll. 2004. 71, obs. G. Blanc, RTD com. 2004. 813, obs. A. Martin-Serf. Curtea de Casație exercită, cu toate acestea, un anumit control asupra caracterului dezechilibrat al unui contract comutativ. Instanța a casat o hotărâre care, prin soluția dată, a respins cererea de anulare a unor cesiuni de creanțe, deși a constatat că banca cesionară a creditat contul clientului său cu sume mai mici decât valoarea acestora, pe motiv că, în mod global, fluxurile financiare dintre bancă și clientul său apăreau a fi echilibrate. Astfel, nu ar mai exista un motiv de anulare raportat la constanța operațiunilor.

[2] Cass. soc. 20 mai 1992, Bull. civ. V, nr. 323; 21 nov. 2000, RJDA 2001, nr. 790.

[3] Cass. soc. 29 oct. 2002, Bull. civ. V, nr. 325, JCP éd. E 2003. 1399, note L. Fin-Langer; 15 juin 2004, Bull. civ. V, nr. 163, D. 2004, AJ 2158, JCP éd. E 2004. 1603, note N. Louit-Martinod, RTD com. 2005. 416, obs. A. Martin-Serf.

[4] C.A. Angers, 28 févr. 2002, BICC 2004, nr. 618.

[5] Trib. com. Marseille, 16 avr. 1987, Rev. proc. coll. 1987, nr. 3, p. 43, obs. Y. Guyon.

[6] C.A. Versailles, 30 sept. 1993, Dr. sociétés 1994, nr. 29, obs. Y. Chaput.

[7] C.A. Grenoble, 8 avr. 2003, Dr. sociétés 2004, nr. 75, note F.-X. Lucas.

[8] C.A. Paris, 19 mai 1992, RJDA 1993, nr. 764.

[9] C.A. Orléans, 28 avr. 2005, RJDA 2005, nr. 1132, 1^{re} esp.

[10] Cass. com. 24 nov. 1998, RJDA 1999, nr. 78.

[11] C.A. Pau, 10 nov. 1992, Rev. proc. coll. 1995. 448, obs. B. Lemistre.

[12] Cass. com. 11 mars 1997, RJDA 1997, nr. 961.

[13] C.A. Douai, 25 nov. 1999, BICC 2000, nr. 931, Act. pr. coll. 2000, nr. 67.

[14] C. Colombet, De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements, RTD civ. 1965, p. 5.

unui echilibru și trebuie, prin urmare, să fie parțială, în măsura excesului semnificativ care a fost constatat în detrimentul debitorului. Nulitatea astfel concepută ar reuși să restabilească echilibrul contractual și ar fi probabil mai sănătoasă economic și mai eficientă decât o nulitate totală, contractul putând continua să își producă efectele benefice. În plus, nulitatea limitată pare a fi conformă scopului urmărit de legiuitor. În această situație actul nu este suspect prin natura sa, precum este, spre exemplu, în cazul unei liberalități. El devine suspect numai ținând seama de condițiile în care a fost încheiat. Dacă aceste condiții exorbitante sunt eliminate, de ce actul nu ar deveni valabil?

2.6. Necesitatea unei nulități totale a contractului

27. Argumentul în favoarea nulității limitate la măsura excesului este, cu siguranță, atractiv și impregnat cu o anumită logică, însă el nu ar trebui pus în aplicare în stadiul actual al legislației în vigoare. Pe de o parte, textul nu distinge între efectele produse de diferitele nulități. Or, în principiu, în ceea ce privește una și aceeași persoană, un act este complet valabil sau complet nul. Pe de altă parte, restabilirea echilibrului contractual ar presupune calcule dificil de realizat, acordând judecătorului – chiar și în viziunea experților – o putere de reducere a contractului, în baza unei evaluări în mod necesar subiective a situației. În afara faptului că autonomia de voință se opune acestei intruziuni judiciare în economia unui contract, o astfel de intruziune ar fi deosebit de periculoasă și o sancțiune deosebit de severă pentru cocontractantul debitorului, forțat să execute o convenție diferită de cea pe care a voit-o. Toate aceste rațiuni militează în favoarea respingerii unei nulități limitate doar la clauzele dezechilibrate.

Din moment ce trebuie pronunțată o nulitate totală, cocontractantul, ținut să restituie, în natură sau în echivalent, nu poate decât să declare în cadrul procedurii colective valoarea prestației pe care a efectuat-o.

Literatura franceză apreciază diferit între plățile normale, în insolvență, considerate valabile, dat fiind că soluția contrară ar compromite securitatea afacerilor. Acestea sunt doar pasibile de a fi lovite de o nulitate facultativă, dacă *accipiens* ar fi cunoscut starea de încetare de plăți a debitorului. În schimb, legislația falimentului a impus întotdeauna nulitatea plăților efectuate în condiții care exclud buna-credință a creditorului sau care relevă în cazul debitorului în încetare de plăți intenția de a-l favoriza pe unul dintre creditorii săi. La originea nulității de drept a anumitor plăți se află mai degrabă ideea încalcării egalității dintre creditori decât aceea a însărăcirii debitorului. La fel ca și textele anterioare, articolul actual^[1] prevede două categorii de plăți nule de drept, deoarece acestea sunt prin ele însele suspecte: plata datoriilor nescadente și plata datoriilor scadente printr-un procedeu neobișnuit^[2]. Pe aceste considerente, fiecare contract comutativ, oricare ar fi obiectul^[3] sau forma lui, este susceptibil de a fi anulat prin aplicarea regulii generale. Condiția impusă de lege pentru dovedirea caracterului fraudulos al actului este aceea a existenței unei diferențe vădite de valoare între prestația debitoarei și cea a părâtei cumpărătoare, astfel încât, dacă această diferență nu a fost probată în cauză, nu se poate dispune anularea aceluiași act^[4].

^[1] L. 632-1-I-3 și 4 C. com.

^[2] A. Martin-Serf, *Répertoire (...)*, par. 93.

^[3] De exemplu, o tranzacție: Cass. com 27 noiembrie 2001 Paris, 14 noiembrie 1996: RPC 1998, 205, obs. Lemistre; un aport în societate: Grenoble, 8 aprilie 2003: Dr. sociétés, 2004, nr. 75, obs. F.-X. Lucas.

^[4] C.A. Constanța, s. com., dec. nr. 936/2007, nepublicată.

2.7. Dovada prețului derizoriu

28. Fiind vorba de o acțiune în instanță, reclamantul trebuie să facă dovada îndeplinirii condiției prețului derizoriu, considerată o condiție de temeinicie a acțiunii. O astfel de acțiune a fost considerată ca întemeiată, în baza probei aduse de reclamant, din care a rezultat că debitoarea achiziționase autoturismul la un preț, iar peste nici 30 de zile l-a revândut cu o sumă de câteva ori mai mică, fiind în afară de orice îndoială că vânzarea autoturismului s-a făcut la un preț derizoriu. De asemenea, un contract încheiat de debitor, în calitate de cumpărător, și un terț, în calitate de vânzător, în care debitorul s-a obligat la plata pentru un teren a unui preț de câteva zeci de ori mai mare decât cel al pieței, este un act juridic lezionar sub aspectul prejudiciului rezultând din diferența vădită de valoare între prestații, în defavoarea debitorului. Totodată, văzând și similitudinea între prețul plătit pentru acest imobil și totalul creanțelor care grevează asupra averii debitorului, există caracterul fraudulos al acestei tranzacții și sub forma unei acțiuni concertate de fraudă între părțile contractante pentru a prejudicia creditorii; aceste fapte se circumscriu dispozițiilor art. 80 alin. (1) lit. b) și c) din Legea nr. 85/2006^[1]. Expertizele efectuate în astfel de cauze pot scoate în evidență diferențele dintre prestații, raportat la valori standard sau de piață, la momentul încheierii actului.

Nimic nu împiedică partea ca, în susținerea valabilității contractului de vânzare-cumpărare, să justifice prețul agreeat, prin circumstanțe economice ce ar fi impus vânzătoarei debitoare înstrăinarea imobilului la o valoare mult inferioară valorii reale, de circulație. Când o astfel de dovadă nu a fost făcută, simpla afirmație a părții în sensul că „nu există un dezechilibru vădit în defavoarea debitorului vânzător” nu poate fi reținută, în lipsa indicării elementelor ce ar dovedi echilibrul prestațiilor, cuantumul prețului neconstituind un astfel de element^[2]. Desigur că terțul cu care a contractat debitorul poate face dovada altei justificări a disproporției decât fraudă^[3]. Însă, simplul fapt al vânzării bunului la un preț net inferior valorii stabilite prin expertiză nu este de natură a duce la anularea vânzării. Totuși, contractul fiind încheiat cu 6 luni înainte de deschiderea procedurii, aceasta nu înseamnă că „debtoarea se află în cursul desfășurării normale a activității sale”, starea afacerilor din acel moment urmând a fi examinată pe bază de probe pentru a se stabili dacă la data vânzării se putea estima viitorul afacerii, respectiv dacă perspectiva deschiderii procedurii era previzibilă^[4].

2.8. Consecința admiterii acțiunii

29. Cu unele nuanțări și extinderi de text, care urmează a fi analizate pe larg în cadrul Secțiunii a 5-a §4, noile dispoziții ale art. 120 din Codul insolvenței, stabilesc, similar corespondentului lor, și anume art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, că, în urma anulării transferului, dobânditorul trebuie să restituie averii debitoarei bunul cumpărat de la

^[1] C.A. Iași, s. com., dec. nr. 858/2007, nepublicată. În prezent, reglementarea este cuprinsă în dispozițiile art. 117 alin. (2) din L. nr. 85/2014.

^[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 412/2010, nepublicată.

^[3] „Având în vedere actul de expertiză al imobilelor vândute, certificatul percepției despre impozitele lor funciare și ținând seamă de îmbunătățirile făcute de Stănică și de creșterea valorii imobilelor, în raport cu înmulțirea populației și dezvoltarea economică a Capitalei, rezultă că valoarea reală a celor 4 corpuri de casă vândute de defunctul falit Ionescu lui Stănică nu întrece câtuș de puțin la această epocă suma de 130.000 lei, cât i s-a plătit pentru ele” [C.A. București, s. a III-a, dec. din 13 noiembrie 1894, în M.A. Dumitrescu, op. cit., p. 544, apud I. Turcu, Legea (...)].

^[4] Trib. Iași, sent. civ. nr. 121/2003, în Manual de bune practici (...), p. 439.

aceasta, iar dacă acesta nu mai există, să plătească debitoarei suma reprezentând *valoarea lui la data transferului*, iar nu valoarea de piață la data soluționării acțiunii în anularea care poate fi, acum, inferioară celei avute când s-a realizat operațiunea.

S-a stabilit că actul de vânzare-cumpărare încheiat între debitoare și un terț se încadrează în prevederile legale când este vorba despre o operațiune comercială în care prestația debitoarei depășește în mod vădit prestația primită, în condițiile în care, cu 18 zile înaintea deschiderii procedurii, debitoarea a transferat dreptul de proprietate asupra unui autovehicul contra unei sume de bani, iar peste alte câteva zile același autovehicul este revândut de către cumpărător la un preț de aproape 10 ori mai mare, apropiat de valoarea reală a bunului. Subsecvent anulării transferului patrimonial, este normal ca terțul dobânditor să fie obligat să restituie averii debitorului valoarea reală a bunului de la data transferului.

Soluția este logică și echitabilă, deoarece, într-adevăr, datorită uzurii, fizice și morale, bunul nu mai poate avea aceeași valoare de piață la data soluționării acțiunii. Or, beneficiind de un bun de o valoare mult mai mare decât cea consemnată în actul de înstrăinare, cumpărătorul, generic vorbind, va fi obligat – de preferat, în opinia noastră – la restituirea valorii, pentru a se realiza în fapt înlocuirea în masa bunurilor cu o sumă reală.

§3. Acte încheiate în conivență frauduloasă cu terții

30. Actele prevăzute de art. 117 alin. (2) lit. c) – corespondentul art. 80 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 85/2006 – sunt cele care îndeplinesc două condiții: să fie încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii și la încheierea lor toate părțile să fie animate de intenția de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori sau de a le leza acestora drepturile, în orice alt fel.

Dacă în cazurile prezentate anterior, pentru admiterea acțiunii, era suficientă *frauda debitorului*, pentru care legiuitorul a instituit prezumția relativă în acest sens, în situația cuprinsă în lit. c) se adaugă o altă componentă, aceea a *complicității terțului*. Dovada actului sancționat în acest cadru legal va consta în existența unui concern fraudulos între debitor și partenerii săi, toți fiind animați de intenția de a-i leza pe creditori prin sustragerea unui bun din sfera celor urmărite în temeiul gajului general al acestora.

3.1. Condiția specială de admitere a acțiunii: complicitatea terțului la fraudă

31. Pentru exercitarea acțiunii în anulare, prevăzută de acest text legal, se cere ca administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar să facă dovada *participării la fraudă a cocontractanților*, nu și a debitorului, deoarece în ceea ce-l privește, fraudă este prezumată. Fraudă există în cazul în care terțul cunoștea starea de insolvență a debitorului în momentul în care a încheiat actul în cauză. Dacă nu se face dovada intenției tuturor părților actului de a sustrage bunul de la urmărirea de către creditori, actul în cauză nu poate fi anulat^[1]. Făcând o comparație între actele avute în vedere la lit. c) și cele vizate de lit. a) și b), constatăm că acestea din urmă sunt practic forme speciale ale actelor pe care le analizăm în cadrul acestei secțiuni^[2], astfel că, ori de câte ori actul poate fi încadrat în prevederile altui caz, nu va fi incident cel reglementat de lit. c).

^[1] CA. București, s. a VI-a com., dec. nr. 190/2005, nepublicată.

^[2] I. Schiau, op. cit., p. 148.

Cum convența frauduloasă trebuie dovedită, iar titularul acțiunii este terț față de actul a cărui anulare se cere, el se poate folosi de orice mijloc de probă.

3.2. Scopul înțelegerii

32. În practica judiciară s-a decis că este anulabil actul de vânzare-cumpărare încheiat de către un membru al consiliului de administrație al debitorului, cu depășirea puterilor sale, cu o societate comercială al cărei asociat are și calitatea de director general al debitorului^[1], în același temei, actul de vânzare-cumpărare prin care debitorul a transferat unei societăți comerciale dreptul de proprietate asupra mai multor bunuri, dacă ambele părți au aceiași asociați, același administrator și același sediu social, iar vânzarea-cumpărarea s-a făcut la scurt timp după obținerea unui titlu executoriu împotriva debitorului^[2].

Primul element al probatoriului și cel determinant este intenția tuturor părților de a sustrage bunul de la urmărire de către creditorii. Fără o astfel de dovadă, acțiunea nu poate fi primită^[3]. De aceea, s-a arătat că, alături de acest aspect, contractul de vânzare-cumpărare a unui bun din patrimoniul unei societăți comerciale aflate în insolvență, încheiat în cei 3 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, poate fi anulat dacă la momentul încheierii actului, cumpărătorul a cunoscut starea de insolvență a societății vânzătoare, condiție esențială prevăzută de dispozițiile legale pentru anularea actului^[4].

Legiitorul a prevăzut posibilitatea anulării doar pentru situația în care transferul de bunuri este de fapt o sustragere de bunuri ce lezează drepturile creditorilor. În absența lezării intereselor creditorilor nu poate fi vorba de o sustragere de bunuri de la urmărire de către aceștia^[5].

Dacă prin încheierea contractului de vânzare-cumpărare o persoană a fost favorizată în detrimentul celorlalți creditori ai debitoarei falite, cărora le-au fost afectate drepturile, prin scăderea valorii patrimoniului comercial, în speță sunt incidente prevederile art. 117 alin. (2) lit. c), perioada în care au fost încheiate aceste acte de comerț cu societatea debitoare fiind cuprinsă în interiorul celor 2 ani anteriori deschiderii procedurii. Când perfectarea acestui act juridic s-a realizat în interesul unui singur asociat, pârâta în cauză, în condițiile în care insolvența comercială a debitoarei era notorie, iar un creditor bugetar instituisese sechestrul asupra mai multor bunuri ale debitoarei, când existau mai multe somații de plată și titluri executorii, iar ulterior, la scurt timp s-a dispus și declanșarea procedurii simplificate a insolvenței^[6], intenția părților devine evidentă.

Există această situație atunci când părțile contractante, cu rea-credință, au încheiat un act juridic, în dauna intereselor creditorilor, cu finalitatea diminuării masei active a debitoarei și a obținerii unui avantaj injust de către acestea. În special, când toate părțile implicate în această operațiune juridică se aflau în legături de strânsă rudenie și, cunoscând situația societății debitoare, pârâtii fiind la momentul încheierii actului soți, iar administratorul debitoarei era fiica acestora, ceea ce denotă strânsa legătură dintre aceștia și interesul comun ca bunul în litigiu să revină în proprietatea pârâților, în

[1] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 40/2005, nepublicată.

[2] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 126/2005, nepublicată.

[3] C.A. Ploiești, s. com. și de cont. adm. și fisc., dec. nr. 27/2010, nepublicată.

[4] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 286.

[5] Trib. Arad, s. com., sent. nr. 2893/2007, nepublicată.

[6] C.A. Ploiești, s. com., dec. nr. 169/2009, nepublicată.

detrimentul creditorilor societății, reaua-credință fiind dovedită și de împrejurarea că pârâta, coproprietară a imobilului, este și asociata societății debitoare, rezultă că ambele părți contractante au avut intenția de a sustrage bunul de la urmărirea silită de către creditorii^[1].

Practica a relevat că, dacă într-un interval de timp relativ apropiat deschiderii procedurii insolvenței, o parte foarte însemnată din lichiditățile debitoarei au fost ridicate de către foștii administratori ai debitoarei din conturile bancare ale acesteia, în condițiile în care erau pe deplin conștienți de situația financiară precară a acesteia, există premisele anulării actelor frauduloase, argumente ce rămân valabile, chiar în ipoteza în care lichidatorul judiciar nu a contestat faptul că o parte a sumelor a fost ridicată cu titlu de restituire aport, întrucât prin aceste operațiuni s-a perturbat grav activitatea societății, fiind lezate drepturile celorlalți creditori înscriși în tabelul definitiv consolidat ale căror creanțe provin din perioada anterioară, aceștia neavând posibilitatea de a-și recupera nici măcar parțial creanțele, cu toate că unele au grad de prioritate superior față de cele ale celor doi pârâți^[2].

3.3. Dovada complicității terțului

33. În cazul acestei categorii de acțiuni, toate părțile actului, atât debitorul, cât și partenerii săi în acel act trebuie să fie animați de intenția de a-i leza pe creditori prin sustragerea unui bun din sfera celor urmăribile în temeiul gajului general al creditorilor. Ca atare, trebuie dovedită existența unui concern fraudulos, prezumția de fraudă fiind practic instituită doar în privința debitorului, nu și în privința unei acțiuni frauduloase concertate.

Simplul fapt că aceeași persoană fizică a semnat în fața notarului public actul autentic de vânzare-cumpărare a imobilului, atât în numele societății vânzătoare, cât și în numele societății cumpărătoare, nu poate determina concluzia intenției de fraudare, care trebuie *dovedită* și nu prezumată. Dacă intenția de fraudare ar fi fost prezumată de lege, atunci sancțiunea aplicată actului juridic era nulitatea absolută și nu relativă, iar cel care a invocat-o trebuia să demonstreze numai dubla calitate a acelei persoane, lucru pe care legiuitorul nu l-a dorit^[3].

Cererea formulată pentru anularea operațiunilor de ridicare de numerar din conturile bancare ale debitoarei este admisibilă numai dacă se face dovada convenției frauduloase dintre terț și debitor. În acest caz se cere a fi dovedită și complicitatea terțului cocontractant la fraudă, ca o condiție pentru admiterea acțiunii. Complicitatea terțului la fraudă presupune intenția acestuia de a prejudicia creditorii în înțelegere frauduloasă cu debitorul. Convenția frauduloasă dintre debitor și terț trebuie dovedită, nefiind prezumată^[4]. Există prezumția de fraudă în cazul unor acte juridice încheiate de către debitor înaintea deschiderii procedurii insolvenței, dacă transferul dreptului de proprietate asupra bunurilor din patrimoniul debitoarei s-a realizat între debitoare și un terț, administratorul statutar al debitoarei fiind și administrator al societății cumpărătoare, alături

^[1] De aceea, în cauză nu putea fi vorba despre o rezoluțiune a contractului de vânzare-cumpărare atâta timp cât obligația de plată a prețului nu era scadentă la data încheierii actului a cărui anulare se solicită, în consecință neputându-se vorbi despre o neexecutare a obligațiilor contractuale care să justifice rezoluțiunea, C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 537/2007, nepublicată.

^[2] Trib. Com. Cluj, sent. nr. 1394/2007, nepublicată.

^[3] C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 709/2008, nepublicată.

^[4] C.A. Cluj, s. com., dec. nr. 1042/2007, nepublicată.

de soția sa, scopul încheierii acestora fiind acela al fraudării intereselor creditorilor. Dar, nu se poate reține că la momentul realizării transferurilor patrimoniale debitoarea se afla în cursul desfășurării normale a activității sale, ținând cont de situația de ansamblu a societății din acea perioadă, situație dată de starea economică și financiară critică în care se afla, de înstrăinarea unor bunuri ale societății de valoare mare la prețuri mici, dar și de datoriile mari pe care aceasta le avea la bugetul statului^[1]. Dacă la data încheierii actelor, directorul general al debitorului avea calitatea de asociat fondator la societatea cumpărătoare și ambele societăți din actul juridic au același cenzor, acest aspect face dovada că terțul cumpărător era la curent cu starea încetării plăților de către debitor și cu situația economică degradată a acestuia. Aceste circumstanțe sunt suficiente pentru a dovedi intenția părților de a frauda creditorii, vânzarea bunurilor fiind anulabilă. Prin vânzarea bunurilor la prețul rămas în contabilitate, după scăderea amortizărilor și a uzurii, debitorul și-a mărit starea de insolvență, fără a aduce un profit societății, deși obținerea unui profit este de esența activității comerciale^[2].

Când în urma vânzării, prețul a intrat în contul debitoarei, care la acel moment se afla în cursul desfășurării normale a activității și nu s-a dovedit nici intenția părților de a sustrage bunul de la o eventuală urmărire sau de a leza în orice fel drepturile creditorilor, acțiunea nu este întemeiată. Astfel, specificul acțiunii întemeiate pe acest text, în raport cu cele precedente și consecutive, constă în existența unui concern fraudulos între debitor și partenerii săi, toți fiind animați de intenția de a-i leza pe creditorii, prin sustragerea unui bun din sfera celor urmărite în temeiul gajului general al creditorilor.

3.4. Absența intenției de a leza drepturile creditorilor

34. Dispozițiile Codului insolvenței se completează, în măsura compatibilității lor, cu cele ale Codului civil și în cazul soluționării cererilor formulate de practicianul în insolvență pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor. În aceste condiții, cel care face o propunere înaintea judecății trebuie să o dovedească^[3], astfel încât, exceptând prezumția de fraudă a debitorului, administratorul judiciar al debitoarei, în calitate de reclamant, este cel care trebuie să probeze îndeplinirea condițiilor cerute de lege pentru anularea unor acte încheiate în fraudă creditorilor^[4].

Când nu se poate dovedi existența intenției de a leza drepturile creditorilor, acțiunea nu poate fi primită. Dar elementul bunei-credințe, care joacă un rol atât de mare în asumarea și executarea obligațiilor civile, se estompează în dreptul comercial, care preferă să ia în considerare regularitatea obiectivă a situației juridice. Totuși oricum, reaua-credință trebuia dovedită, iar nu prezumată.

La polul opus este reaua-credință a părților contractante, situație relevantă în practică de înstrăinarea unui imobil în favoarea unei societăți în care soția asociatului unic al debitoarei este administrator, la un preț derizoriu. S-a apreciat astfel că este anulabil un act juridic de vânzare a unui bun imobil din patrimoniul debitoarei, în aceste condiții, vânzarea având loc în cele 6 luni anterioare cererii de deschidere a procedurii^[5]. Buna-credință

[1] C.A. Constanța, s. com., dec. nr. 325/2007, nepublicată.

[2] C.A. Craiova, s. com., dec. nr. 174/2007, nepublicată.

[3] Principiul *actori incumbit probatio* a fost preluat în art. 249 NCPC: Cel care face o susținere în cursul procesului trebuie să o dovedească, în afară de cazurile anume prevăzute de lege.

[4] C.A. Constanța, s. com., dec. nr. 755/2007, nepublicată.

[5] C.A. Constanța, s. com., dec. nr. 200/2007, nepublicată.

ca eroare scuzabilă se apreciază subiectiv în persoana dobânditorului; există o asemenea situație dacă administratorul social al debitoarei este fratele părții către care a operat transferul singurului bun din proprietatea debitoare, rezultând, dat fiind gradul de rudenie al părților, intenția sustragerii bunului de la urmărirea către creditorii^[1]; dovida prezumției de fraudă a fost considerată ca îndeplinită și când înstrăinarea celor trei autovehicule de către debitoare s-a făcut fără primirea unei contraprestații de la cumpărătoare, iar cesionarea bunurilor imobile înscrise în contractul de dare în plată între aceleași părți s-a făcut, de asemenea, fără cerința preexistenței unei datorii, iar prin aceasta fără existența unei contraprestații și, mai mult, fără o cauză juridică licită, operațiuni încheiate în cursul anului anterior datei deschiderii procedurii insolvenței față de debitoare^[2]; de asemenea, este anulabilă vânzarea unui bun înaintea deschiderii procedurii, pe baza circumstanțelor care dovedesc intenția părților de a frauda interesele creditorilor, cum ar fi: legătura de rudenie dintre cumpărător și vânzător, cunoașterea de către părți a probabilității încetării plăților, a situației economice degradante a debitoare, a obligațiilor față de creditorii^[3]; în raport cu dispozițiile lit. b), s-a dispus efectuarea unei expertize ce urma a stabili dacă prestația debitorului a depășit vădit pe cea primită, însă toate apărările, precum și măsurile dispuse de către instanța de fond cu privire la administrarea acestei probe sunt irelevante câtă vreme din probatoriul administrat a rezultat că în cauză sunt incidente dispozițiile lit. c), actul atacat a fost încheiat cu intenția tuturor părților implicate de a sustrage bunurile de la urmărirea de către creditor, prin încheierea acestuia fiind destabilizată activitatea societății. Legiuitorul nu cere întrunirea cumulativă a tuturor condițiilor prevăzute pentru cazurile de anulare, încadrarea în unul din acestea fiind suficientă pentru a atrage nulitatea actului^[4].

§4. Transferuri preferențiale

35. Articolul 117 alin. (2), lit. d) cuprinde prevederi referitoare la actele de transfer de proprietate către un creditor, pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea cuprinsă în actul de transfer. În legătură cu acest text legal, în doctrină^[5] s-a reținut că prin asemenea transferuri ne aflăm în prezența unei *dări în plată*^[6], mergându-se pe ideea că pentru stingerea datoriei debitorul transmite creditorului în proprietate un bun mobil sau imobil, stingând datoria prin executarea unei alte prestații decât prin cea la care s-a obligat inițial.

Unii autori au fost de acord doar parțial cu teza mai sus expusă. Astfel, au apreciat că teza analizată nu indică cu exactitate momentul în care intervine transferul de

[1] Trib. Olt, s. com., sent. nr. 67/2007, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 27/2008, nepublicată.

[3] Trib. Satu Mare, sent. nr. 1053/LC din 23 aprilie 2003, vezi p. 432 din Jurisprudență, apud Manual de bune practici (...), p. 98.

[4] C.A. București, s. a VI-a com., dec. civ. nr. 407/R/2005, Consiliul Superior al Magistraturii. Jurisprudență națională 2004-2005, Ed. Brilliance, preluată din Lex Expert.

[5] N. Tândăreanu, Procedura reorganizării judiciare, op. cit., p. 123; I. Schiau, Regimul juridic al insolvenței comerciale, op. cit., p. 138.

[6] În literatura de specialitate, darea în plată a fost definită ca fiind operația juridică prin care debitorul execută către creditorul său o altă prestație decât aceea la care s-a obligat la încheierea raportului juridic obligațional – C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, Ed. Hamangiu, 2008, p. 363.

proprietate, astfel că nu se știe cu siguranță dacă această convenție a fost încheiată exact în momentul plății, caz în care am fi, într-adevăr, în prezența unei dări în plată, sau dacă această convenție a fost încheiată înainte de efectuarea plății, caz în care ne-am afla în prezența unei *novații prin schimbare de obiect*^[1].

Având în vedere aceste aspecte, credem că soluția trebuie *nuanțată* în funcție de momentul încheierii convenției translativă de proprietate, aceasta putând fi o dare în plată sau o *novație prin schimbare de obiect*, după distincțiile mai sus arătate^[2]. Expri-marea legiuitorului este ușor imprecisă, deoarece stingerea unei datorii în contextul textului analizat sugerează o convenție de dare în plată, deoarece aceasta reprezintă un mijloc de *stingere* a obligației, în timp ce *novația* reprezintă un mijloc de *transformare* a obligației. Cu toate aceste distincții, apreciem că prioritară este voința părților (a debitorului și a creditorului) care s-ar fi putut exprima atât înainte de momentul plății, cât și chiar în momentul plății. Nu poate fi vorba, în nicio situație dintre cele avute în vedere de textul analizat, despre o *novație propriu-zisă prin schimbare de obiect*, deoarece *novația* este un mod de transformare a obligației, or, textul legal stipulează foarte clar că transferul are loc „pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia”^[3]. Sigur că, teoretic, s-ar putea discuta dacă nu orice dare în plată este – ca natură – o *novație*, cel puțin din punct de vedere obiectiv, având în vedere că acordul creditorului este necesar în toate situațiile^[4]. Noul Cod civil arată că debitorul nu se poate libera executând o altă prestație decât cea datorată, chiar dacă valoarea prestației oferite ar fi egală sau mai mare, decât dacă creditorul consimte la aceasta. În acest din urmă caz, obligația se stinge atunci când noua prestație este efectuată^[5].

Pentru admiterea acțiunii este necesară probarea, de către titularul acțiunii, a faptului că, dacă nu s-ar fi încheiat actul de dare în plată, creditorul beneficiar al transferului ar fi primit vizibil *mai puțin din masa credală*. Practic, înainte de promovarea acțiunii, este necesară operațiunea de comparare a valorii transferului cu valoarea ipotetică realizabilă ca urmare a participării la masa credală. Din această cauză, acțiunea în anulare pentru un transfer ce reprezintă o dare în plată este uneori greu de promovat, cu excepția cazului în care masa credală este inexistentă sau vădit insuficientă.

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 504.

[2] În ceea ce ne privește, considerăm că darea în plată, de cele mai multe ori, este o *novație obiectivă*, deoarece este de neconcepție ca debitorul să își îndeplinească obligația printr-o altă prestație, fără acordul prealabil al creditorului. Așadar, chiar dacă debitorul predă un lucru în momentul plății, această remitere are loc în baza acordului prealabil al ambelor părți și, deci, suntem în prezența unei *novații*. Distincția pe care o face doctrina și practica judiciară se fondează pe un anumit interval de timp. Astfel, se arată că dacă la *novație* este necesară o convenție înainte de plată, la darea în plată convenția intervine în momentul efectuării plății. Nu înțelegem ce relevanță are faptul că părțile, spre exemplu, se înțeleg înainte cu o zi de efectuarea plății sau se înțeleg înainte cu 10 secunde de efectuarea predării lucrului. Esențial este că înainte de predarea lucrului are loc un acord (prealabil) privind remiterea-primirea unui alt bun. Chiar dacă debitorul predă creditorului un alt bun (o altă prestație) decât cel promis inițial, fără să existe o înțelegere verbală prealabilă, faptul primirii de către creditor a bunului fără să se opună nu are altă semnificație decât a unui acord prealabil tacit. Doar în ipoteza în care debitorul își execută prestația fără a fi prezent (spre exemplu, trimite alt bun prin poștă) și creditorul îl primește, putem vorbi de dare în plată. În orice caz, dacă părțile contractante sunt prezente în momentul executării prestației, nu se poate pune problema dării în plată, I. Adam, Drept civil. Obligați, Ed. All Beck, București, 2004, p. 656.

[3] St.D. Cărpănuș, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 287.

[4] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 505.

[5] Art. 1492 alin. (2) NCC stabilește că: „Dacă prestația oferită în schimb constă în transferul proprietății sau al unui alt drept, debitorul este ținut de garanția contra evicțiunii și de garanția contra viciilor lucrului, potrivit regulilor aplicabile în materia vânzării, cu excepția cazului în care creditorul preferă să ceară prestația inițială și repararea prejudiciului. În aceste cazuri, garanțiile oferite de terți nu renasc”.

Jurisprudența consemnează cazuri în care au fost anulate acte juridice încheiate în fraudă creditorilor. Astfel, într-o speță, s-a reținut că, întrucât prestația debitorului insolvent depășește în mod vădit contraprestația cumpărătorului, iar prin acest act au fost vătămăte drepturile celorlalți creditori, intenția de fraudare se deduce din aceea că debitoarea a acceptat un preț inferior, astfel încât să-l favorizeze pe cocontractantul cumpărător^[1].

4.1. Darea în plată. Lipsa dovezii privind existența prejudiciului

36. Dacă din probele administrate la dosar nu rezultă cu certitudine dacă, după lichidarea în întregime a activului debitorului, suma pe care creditorul pârât din prezenta cauză ar putea să o obțină în caz de faliment a debitoarei aflate în insolvență este mai mică decât valoarea actului de transfer, cererea nu poate fi admisă. Aceasta cu atât mai mult cu cât, deși reclamanta, în calitate de lichidator, a apreciat că pârâta – creditor chirografar, nu ar mai primi nimic în cazul falimentului debitoarei, susținerea nu a fost nedovedită. Dacă pasivul debitorului a fost stabilit cu certitudine, conform tabelului definitiv de creanțe, activul debitorului nu a fost determinat în mod cert, dat fiind că bunurile debitorului nu au fost lichidate în întregime, iar lichidatorul debitorului a omis să precizeze că mai sunt de încasat creanțe de la proprii săi debitori, creanțe ce fac parte tot din activul debitoarei aflate în insolvență. În ceea ce privește susținerea că tezele articolelor trebuie interpretate independent, respectiv ar fi suficient a se dovedi simpla fraudare a creditorilor pentru a anula un transfer, astfel că instanța de fond a interpretat greșit legea, aceasta nu poate fi analizată de instanța de recurs, dat fiind că acțiunea reclamantului a fost întemeiată pe prevederile lit. d), fapt care rezultă în mod expres din cuprinsul acțiunii, iar temeiul de drept al acțiunii reclamantului nu poate fi modificat în recurs și analizat ca atare de instanță, întrucât s-ar încălca principiul dublului grad de jurisdicție^[2]. Deși o astfel de discuție nu s-ar mai impune în actuala formulare a textului, unele aprecieri pot fi nuanțate. Fără a ne referi aici la schimbarea temeiului de drept în recurs care, în mod evident, nu poate fi făcută, considerarea unei acțiuni ca neîntemeiată, raportat la nedefinitivarea masei active, este discutabilă. O apreciere relevantă ar fi fost aceea a rangului creditorului, și anume creditor chirografar. Or, existența unor procese pe rol care pot fi sau nu câștigate nu este de natură a influența semnificativ redresarea debitoarei care, oricum, era deja în faliment, aspect ce rezultă din chiar faptul că acțiunea este pornită de lichidator. Astfel fiind, raportul dintre prestația primită și cea care s-ar fi primit în caz de faliment trebuia făcut la acea dată, în funcție de posibilitatea reală de plată a creditorilor existenți.

4.2. Raportul dintre valori

37. Un alt element neglijat în speța prezentată mai sus este raportarea valorii primite la creanța existentă, anterior operațiunii de dare în plată. Nu se face nicio referire la posibilitatea de valorificare a bunului, în procedură, la câștigul comparabil sau neglijabil pe care debitoarea l-ar fi obținut astfel ori pe care l-a pierdut. Simpla referire la

^[1] Trib. Timiș, s. com., sent. nr. 925/2003, citată de V. Pașca, op. cit., p. 77; C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 1194/2002; C.A. Cluj, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 571/2001, citate de I. Turcu, Legea (...), p. 371-374.

^[2] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 599/2007, nepublicată.

dispozițiile textului de lege, fără o amplă analiză a situației debitoare, nu este suficientă și nici relevantă.

4.3. Modalitatea anormală a plății

38. Desprins din aceeași hotărâre analizată, credem că un element ce ar putea fi investigat în acest caz de anulare este acela al normalității, obișnuinței modului de plată astfel efectuat. Dacă procedura dării în plată este singulară, și evident, realizată în perioada suspectă, ea nu poate fi privită ca un mod obișnuit de a stinge datoriile existente^[1].

Nulitatea de drept afectează darea în plată, prin care debitorul îi furnizează creditorului său, care este de acord să primească o prestație diferită de prestația datorată. Fundamentul acestei nulități trebuie să fie bine precizat. Nu plata în natură este anormală, ci înlocuirea obiectului, decisă în cursul perioadei suspecte, dezvăluind o înțelegere secretă între creditor și debitor^[2]. Cel mai adesea este în discuție remiterea unui bun în natură, substituită de comun acord unei plăți în numerar, de către un debitor care nu mai are lichidități: de exemplu, cumpărătorul unui teren este liberat de datorie prin transferul dreptului de proprietate asupra unui imobil construit ulterior pe acest teren.

Definirea lucrului convenit în contract revine aprecierii suverane a judecătorilor fondului, la fel ca și analiza procesului de plată interzis^[3]. Au fost, în special, considerate dări în plată: andosarea unei recipise warrant^[4], transmiterea dreptului de proprietate asupra unui bun mobil sau imobil^[5], achiziționarea de către un creditor a unor bunuri în unicul scop de a-și compensa creanța preexistentă cu noua datorie^[6], livrarea unui alt material decât cel prevăzut^[7], recuperarea vehiculelor neplătite^[8], restituirea mărfurilor defecte în schimbul unui activ^[9], darea în plată a unei licențe pentru locurile de comercializare de băuturi pentru a compensa prețul de cumpărare al unui fond de comerț cu

^[1] *Warrantele* constituie o categorie aparte. Desigur, ele sunt o varietate a biletelor la ordin și, astfel, efecte de comerț. Dar, în măsura în care reprezintă mărfuri depozitate într-un antrepozit general, aceste titluri îi conferă beneficiarului dreptul de proprietate asupra mărfurilor. Plata efectuată prin andosarea unui *warrant* a fost considerată astfel o livrare de mărfuri, adică o dare în plată în principiu lovită de nulitate ca modalitate anormală de plată, Cass. req. 2 mars 1938, DH 1938. 340, apud A. Martin-Serf, *Répertoire (...)*, par. 113.

^[2] D. Léoty, *La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?*, RTD civ. 1975, p. 12.

^[3] Cass. com. 15 nov. 1960, Bull. civ. III, nr. 362; 2 févr. 1970, *ibidem* III, nr. 38, RTD com. 1971. 489, obs. R. Houin; 3 oct. 1978, Bull. civ. IV, nr. 210, D. 1979, IR 235, obs. A. Honorat; 2 févr. 1999, Bull. civ. IV, nr. 37, Dalloz Affaires 1999. 379, obs. A. L., RTD com. 1999. 757, obs. A. Martin-Serf.

^[4] Cass. req. 2 mars 1938, Gaz. Pal. 1938. 1. 795.

^[5] Cass. ass. plén. 22 avr. 1974, D. 1974. 613, note F. Derrida, JCP 1974. II. 17876, note A. Bénabent; Cass. com. 12 nov. 1985, Bull. civ. IV, nr. 268, D. 1986, IR 360, obs. A. Honorat; Cass. com. 20 févr. 1996, Bull. civ. IV, nr. 55; Cass. com. 19 déc. 2000, Bull. civ. IV, nr. 203, D. 2001, AJ 306, obs. A. Lienhard; Cass. com. 18 févr. 2003, RJDA 2003, nr. 746, JCP 2003. I. 176, nr. 21, obs. P. Delebecque, Act. pr. coll. 2001-5, nr. 66, obs. J. Vallansan.

^[6] Cass. com. 2 févr. 1999, Bull. civ. IV, nr. 37, Dalloz Affaires 1999. 379, obs. A.L., RTD com. 1999. 757, obs. A. Martin-Serf.

^[7] Cass. com. 1^{er} févr. 2000, RJDA 5/2000, nr. 571.

^[8] Cass. com. 11 juill. 2000, Bull. civ. IV, nr. 142, D. 2000, IR 251, D. 2001, somm. 465, obs. S. Piedelièvre, RJDA 11/2000, p. 751, concl. M.-C. Piniot; comp., pentru validitatea recuperării unui vehicul de ocazie convenite în momentul cumpărării unui vehicul nou, Cass. com. 19 déc. 1989, Bull. civ. IV, nr. 322, JCP éd. E 1990. II. 15832, nr. 13, obs. Ph. Pétel, RTD com. 1990. 456, obs. B. Bouloc.

^[9] C.A. Aix-en-Provence, 18 mars 1999, Bull. Aix 1999. 231, obs. J.-M. Marmayou, Rev. proc. coll. 2003, 151, obs. G. Blanc.

câteva zile înainte de deschiderea procedurii de insolvență a achizitorului^[1], rambursarea unui împrumut printr-o cesiune de părți sociale, și nu în numerar, așa cum se convenise inițial^[2], o prestare de servicii în locul unei plăți în numerar^[3] sau chiar o plată în numerar, deși contractul prevedea o livrarea de bunuri sau de valori mobiliare^[4].

Cu toate acestea, la fel ca și în cazurile anterioare, dacă darea în plată este admisă de comun acord în relațiile de afaceri, ea nu va fi lovită de nulitate^[5].

Jurisprudența a extins nulitatea de drept și în cazul convenției având ca obiect rezoluțiunea amiabilă a unei vânzări și restituirea lucrului vândut^[6]. O astfel de soluție echivalează în aceasta o dare în plată, debitorul restituind bunul achiziționat pentru a stinge partea din preț la care el este în continuare dator^[7].

4.4. Efectele aditerii acțiunii

39. Conform dispozițiilor uniform aplicabile ale art. 120 alin. (1) din Codul insolvenței, în cazul în care se pronunță nulitatea, creditorul trebuie să îi restituie debitorului bunul ce i-a fost remis în plată sau, dacă această restituire în natură este imposibilă sau există impedimente de orice natură pentru preluarea acestuia de către debitor, o sumă de bani de valoare egală^[8]. O dificultate apare, cu toate acestea, atunci când darea în plată a operat în legătură cu prestarea unui serviciu. În orice caz, creditorul care a restituit lucrul primit în plată în mod nejustificat, rămâne creditor și poate astfel să își declare creanța în cadrul procedurii colective. Anterior, în dreptul nostru și în legislația occidentală această cauză de anulare s-a aplicat pentru darea în plată, compensații provocate pe cale deturnată^[9] etc. Deosebirea constă în aceea că în dreptul nostru, ca și în dreptul francez, plata în numerar sau în efecte de comerț a rămas valabilă, pe când în dreptul american ea poate fi anulată^[10]. S-a apreciat că justificarea soluției adoptate în dreptul continental este corectă, deoarece atunci când se plătește cu numerar sau cu efecte de comerț transformabile în numerar nu se mai poate prezuma apropierea încetării plăților. De aceea, textul, prin expresia „transfer de proprietate” urmărește doar anularea dării în plată și a compensației, nu a plății efective^[11]. Justificarea acestei măsuri mai este exprimată și prin necesitatea ca în caz de încetare de plăți „să primeze principiile egalității de situație a tuturor interesaiților”^[12].

Se subînțelege că recuperarea este valabilă în cazul în care contractul conține o *clauză de rezervă a dreptului de proprietate* a cărui recuperare, după rezoluțiune, nu

[1] C.A. Lyon, 22 mars 2002, BICC 2004, nr. 621.

[2] C.A. Paris, 25 mai 1963, RTD com. 1966. 663, obs. R. Houin.

[3] TGI La Roche-sur-Yon, 20 juin 1967, RTD com. 1969. 202, obs. R. Houin.

[4] C.A. Riom, 22 nov. 1950, JCP 1951. II. 6633, note G. Toujas.

[5] Cass. com. 5 avr. 1994, Bull. civ. IV, nr. 143.

[6] Cass. com. 16 févr. 1993, Bull. civ. IV, nr. 65, D. 1994, somm. 80, obs. A. Honorat, RTD com. 1994. 368, obs. A. Martin-Serf; 12 juill. 1994, Bull. civ. IV, nr. 268, D. 1996, somm. 212, obs. F. Pérochon; CA Paris, 7 janv. 1992, D. 1992, IR 111, RTD com. 1994. 368, obs. A. Martin-Serf; CA Aix-en-Provence, 18 mars 1999, Rev. proc. coll. 2003. 151, obs. G. Blanc.

[7] Y. Loussouarn, Des résolutions amiables et judiciaires de ventes mobilières pendant la période suspecte, RTD com. 1949, p. 274.

[8] Cass. com. 6 juill. 1964, D. 1964. 531; 15 mars 1982, Bull. civ. IV, nr. 100.

[9] M. Pașcanu, op. cit., p. 228.

[10] I. Turcu, Reorganizarea și lichidarea judiciară, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 120.

[11] R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 231.

[12] M. Pașcanu, op. cit., p. 227.

face decât să asigure executarea^[1]. Recuperarea lucrului vândut cu rezerva dreptului de proprietate, chiar dacă a intervenit în perioada suspectă, nu cauzează prejudicii celorlalți creditori și nu încalcă cu nimic principiul egalității^[2].

Considerăm că pentru anularea actului, textul legii impune următoarele condiții:

- să se fi încheiat un act translativ de proprietate prin care să se transmită un bun mobil sau imobil din patrimoniul debitorului în patrimoniul creditorului;
- transferul proprietății să se fi făcut în scopul stingerii, în tot sau în parte, a unei datorii anterioare exigibile sau neexigibile față de un anumit creditor;
- actul translativ de proprietate să aibă ca efect crearea unei situații „privilegiate” pentru creditorul plătit în raport cu ceilalți creditori înscrși la masa credală prin faptul că acest creditor plătit în cazul falimentului ar fi primit o valoare mai mică decât cea a actului translativ de proprietate;
- actul să fi fost încheiat în cele 6 luni premergătoare deschiderii procedurii.

În acest caz funcționează prezumția de fraudă a debitorului, aceasta fiind răsturnată dacă actul a fost încheiat în cursul desfășurării normale a activității curente. Comparativ, conform parag. 547 al *Bankruptcy Code*, se poate cere Curții federale să revoce orice transfer al proprietății debitorului, efectuat către sau pentru beneficiul unui debitor, pentru sau în contul unei datorii anterioare, în timp ce debitorul se afla în insolvență, în cele 90 de zile anterioare înregistrării cererii introductive, care l-ar face pe creditor să primească mai mult decât ar fi primit în faliment. În acest caz, practicianul va face dovada că, de exemplu, în cazul unui creditor chirografar, acesta ar primi mai puțin de 100% din creanța sa, în faliment. Acest aspect determină *elementul preferențial* al plății^[3]. În mod asemănător, deși inițial pârâta și-a dat consimțământul ca societatea debitoare al cărui asociat unic este soțul său, să-și stabilească sediul și să funcționeze în imobilul coproprietatea sa, cu o lună înainte de deschiderea procedurii, i s-a achitat contravaloarea chiriei aferente sediului pentru perioada martie 2002-septembrie 2007, or, anterior deschiderii procedurii, pârâta deținea calitatea de creditor chirografar, iar, prin plata preferențială efectuată i s-a creat un avantaj real prin recuperarea creanței fără a intra în concurs cu ceilalți creditori ai debitorului^[4].

§5. Transformarea creanțelor chirografare în garantate

40. Actele prevăzute de art. 80 alin. (1) lit. e) respectiv, constituirea ori perfectarea unei garanții reale pentru o creanță care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, așa cum erau prevăzute în Legea nr. 85/2006, își mențin actualitatea, cu modificarea a două aspecte: a măririi perioadei suspecte la 6 luni și a lărgirii domeniului garanțiilor reale *lato sensu*, prin adăugarea privilegiilor. Ca atare, prin dispozițiile art. 117 alin. (2) lit. e) se permite astfel, pe de o parte, analiza activității mai îndelungate a debitoarei, în scopul formulării acțiunii în anulare, tocmai pentru a ridica șansele de realizare a scopului procedurii. Pe de altă parte, cum textul legal privește

^[1] C.A. Bordeaux, 15 oct. 1986, D. 1988, somm. 67, obs. F. Derrida; CA Bordeaux, 30 iuin 1988, Rev. proc. coll. 1989, nr. 2, p. 221, obs. Y. Guyon; CA Colmar, 28 mai 1996, Rev. proc. coll. 2001. 16, obs. B. Soinne; J.-D. Bretzner, La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte, Rev. proc. coll. 1991, nr. 4, p. 377.

^[2] Facem această referire, deoarece, chiar dacă în Codul civil nu se prevedea posibilitatea vânzării cu clauză de răscumpărare, aceasta este cuprinsă în noile reglementări, art. 1758-1762 NCC.

^[3] Candor Diamond Corporation, United States Bankruptcy Court, S.D. New York, 1986 68 B.R. 588, apud. I. Turcu, Legea (...), p. 415.

^[4] Trib. Arad, sent. com. nr. 982/2010, nepublicată.

constituirea unor drepturi de preferință, în accepțiunea dată de art. 2327 NCC, sfera actelor verificate este, de asemenea, mai cuprinzătoare.

La fel ca în cazul anterior examinat, și în această ipoteză este vorba despre un act încheiat în pre-momentele apariției stării de insolvență sau chiar când aceasta apăruse. Dar, ceea ce justifică sancțiunea nulității relative a actului în cauză este faptul că ceilalți creditori chirografari ai debitorului insolvent își văd diminuate procentele în care creanțele lor vor fi acoperite, știut fiind că aceste *drepturi de preferință* oferă anumite avantaje beneficiarilor.

Prin constituirea unei cauze de preferință înțelegem încheierea actului juridic privitor la aceasta, cu respectarea tuturor condițiilor de valabilitate, dar nu și a celor de opozabilitate. De exemplu, înscrierea ipotecii fiind o cerință de opozabilitate, poate avea loc în perioada suspectă, dacă constituirea este anterioară acestei perioade. Nu intră în sfera de aplicare a acestui text garanțiile personale, deoarece se menționează numai garanțiile reale, în sens larg, distincția fiind realizată prin raportare la art. 2279 și urm. NCC, permițând introducerea la judecătorul-sindic a acțiunii pentru anularea constituirii unui drept de preferință, pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii.

5.1. Rațiunea consacării legale

41. Și în această ipoteză, legiuitorul a inclus *prezumția de favorizare a unor creditori prin fraudarea drepturilor celorlalți creditori*, într-un interval de timp scurt înainte de deschiderea procedurii.

Scopul normei legale este acela de a se oferi posibilitatea lipirii de efecte juridice a manevrei unui creditor chirografar care tinde să-și amelioreze, în dauna celorlalți creditori, condiția juridică. Textul este aplicabil în toate situațiile în care este absentă concomitența nașterii creanței cu constituirea garanției. Creanța născută chirografară este ulterior nașterii sale înzestrată cu o garanție reală^[1].

Textul cuprins în dispoziția lit. e) a art. 117 alin. (2) permite titularului acțiunii investirea judecătorului-sindic cu cererea pentru anularea constituirii unei cauze de preferință, pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii. Esența normei se exprimă în ideea că nu a existat concomitență între nașterea creanței și înzestrarea ei cu garanție reală.

De regulă, în relațiile comerciale o obligație se naște însoțită de o cauză de preferință sau se naște fără o astfel de cauză de preferință. Atunci când debitorul și creditorul se învoiesc ca obligația să fie garantată printr-o garanție reală, aceasta va exista din momentul nașterii creanței. Faptul că, ulterior, o creanță născută chirografară este înzestrată cu o garanție reală, naște semne de întrebare cu privire la justificarea acestei măsuri, dar atunci când atribuirea garanției are loc în preajma deschiderii procedurii este limpede că s-a urmărit un scop precis, acela de favorizare a creditorului chirografar prin schimbarea naturii creanței și, totodată, prin ridicarea în rang prioritar a acesteia^[2].

^[1] I. Turcu, *Legea (...)*, p. 416.

^[2] Potrivit art. 3 pct. 9 din Legea nr. 85/2006, creanțele garantate sunt creanțele persoanelor care beneficiază de o garanție reală asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale garanțiilor reale. În textul legii noi, art. 5, pct.15 definește generic creanțele care beneficiază de o cauză de preferință ca fiind cele creanțe care sunt însoțite de un privilegiu și/sau de un drept de ipotecă și/sau de drepturi asimilate ipotecii, potrivit art. 2.347 C. civ., și/sau

Dacă ne raportăm la dispozițiile art. 161 (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006), creanța care nu beneficiază de cauze de preferință ar fi fost plasată pe un loc inferior în ordinea de prioritate a plăților. Schimbându-se categoria și devenind o creanță beneficiind de o garanție reală, regimul juridic al acestei creanțe va fi reglementat de art. 159 (corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006). Bunul afectat cu titlu de garanție reală va putea fi vândut și imediat după ce vor fi reținute cheltuielile valorificării și plățile cuvenite persoanelor angajate, sumele rămase vor fi atribuite creditorului.

Averea debitorului este, de cele mai multe ori, într-o situație precară la data deschiderii procedurii și sunt rare cazurile în care averea debitorului asigură plata tuturor creanțelor. În ceea ce privește creanțele chirografare, în cele mai frecvente cazuri acestea rămân neplătite sau se plătesc într-o *cotă falimentară*, nesatisfăcătoare pentru creditori. În aceste împrejurări, este limpede că orice sumă plătită anterior ajungerii la rând a creanțelor chirografare diminuează uneori numai suma cuvenită acestora, iar alteori însăși șansa de a primi ceva. Când acești creditori sau administratorul judiciar/lichidatorul judiciar sesizează că unul dintre creditorii chirografari și-a convertit statutul, dobândind o cauză de preferință în preajma deschiderii procedurii, nu vor admite că a fost o pură întâmplare, fără legătură cu iminența acestei deschideri și vor califica operațiunea ca fiind o manevră necinstită, în paguba lor.

5.2. Cauzele de preferință vizate de textul legal

42. Sunt considerate *cauze de preferință* privilegiile, ipotecile și gajul. Este inclus, în teoria dreptului civil, în această categorie, și dreptul de retenție care, fiind o garanție reală atipică, nu a fost expres prevăzută în enumerarea reglementată de dispozițiile art. 2327 NCC^[1]. Față de precizarea textului legal, considerăm că aceste cauze de preferință sunt, în raport de natura bunului, imobiliare sau mobiliare^[2]. Din categoria creanțelor garantate care ar putea participa în procedura insolvenței nu pot face parte decât acele creanțe care sunt însoțite de una din garanțiile reale precizate expres de legiuitor.

Raportat la reglementarea cuprinsă în Legea nr. 85/2006, referirea, în cuprinsul Codului insolvenței, prin raportare la noul Cod civil în privința cauzelor de preferință, lărgeste marja de apreciere a titularului acțiunii. Aceasta și datorită faptului că și ipoteca, de exemplu^[3], urmare a prevederilor cuprinse în art. 2350 și urm. NCC, și-a extins aplicabilitatea de la bunurile imobile, la cele mobile și chiar la universalități de bunuri.

Articolul 117 alin. (2) lit. e) din Codul insolvenței vizează și valabilitatea constituirii acestor cauze de preferință, evident din punctul de vedere al efectului față de patrimoniul debitoarei și al afectării intereselor celorlalți creditori^[4].

de un drept de gaj asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garant față de persoanele beneficiare ale cauzelor de preferință.

^[1] F.-A. Băias, E. Chelaru, R. Constantînovici, I. Macovei, Noul Cod Civil – Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, 2012, comentariul la art. 2327, p. 1765.

^[2] Pentru dezvoltări, a se vedea E. Poenaru, Garanțiile reale mobiliare, Ed. All Beck, București, 2004.

^[3] Pentru dezvoltări, a se vedea A. Colin, H. Capitand, Cours élémentaire de Droit civil français, Librairie Dalloz, Paris, 1931, vol. II, p. 868, apud. F. Ciutacu, Garanțiile de executare a obligațiilor. Garanțiile personale și garanțiile reale, Ed. Themis Cart, Slatina, 2006, p. 528, C. Stătescu, C. Bîrsan, op. cit., p. 422. Pentru o abordare în amănunt a problematicei ipotecii, a se vedea și C. Turianu, Gh. Stancu, Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor, Ed. Universitară, București, 2006 și M. Nicolae, Contractul de ipotecă (I), în R.D.C. nr. 9/1997, p. 118.

^[4] În Marea Britanie o categorie distinctă a domeniului de interes a acțiunii în anularea actelor frauduloase o constituie cea a garanției unei plăți sau a unui împrumut cu bunurile debitorului, ca universalitate, indiferent

În ceea ce privește pornirea executării în baza dispozițiilor Codului de procedură fiscală, asupra unor imobile ale debitorului, art. 154 alin. (6) din acest act normativ arată că sechestrul aplicat asupra bunurilor imobile în cadrul executării silite a creanțelor fiscale constituie *ipotecă legală*. Conform alin. (7), dreptul de ipotecă conferă creditorului fiscal în raport cu alți creditori aceleași drepturi ca și dreptul de ipotecă, în sensul prevederilor dreptului comun, cu condiția îndeplinirii formalităților specifice de publicitate imobiliară.

Cu toate acestea, dacă bunul asupra căruia poartă garanția nu a fost individualizat, nefiind instituită măsura asigurătorie, *creanțele fiscoale* nu pot fi calificate drept creanțe garantate, o soluție similară fiind consacrată în reglementarea actuală care, la art. 5 pct. 22 teza finală prevede că simpla înscriere în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare a unei creanțe nu determină transformarea acesteia în creanță care beneficiază de o cauză de preferință. S-a considerat, însă, că simpla expresie „toate bunurile mobile ale împrumutatului, conform bilanțului contabil”, din cadrul unui contract de constituire a unei garanții la un contract de credit, valorează constituire de garanție reală mobilă, iar creanța rezultând din creditul restant este una garantată^[1], fără a fi necesară o individualizare a respectivelor bunuri, bucată cu bucată^[2]. Nu avea nicio relevanță faptul că bunurile respective nu puteau fi identificate, din cauza lipsei documentelor contabile, întrucât creditoarea nu avea nicio culpă în acest sens și nu putea fi afectată de eventualul comportament de rea-credință al debitoarei care, prin fostele organe de conducere, refuza să le pună la dispoziția administratorului judiciar^[3].

Aceste soluții pot suporta nuanțări sau chiar schimbări de optică, în condițiile aplicabilității dispozițiilor art. 2391 NCC, în care se precizează expres ce se înțelege prin individualizare, adică cel puțin o descriere suficient de precisă a bunurilor, respectiv a naturii bunurilor, asupra cărora poartă ipoteca.

Concluzionând, în cazul în care garanțiile nu erau înregistrate, pentru a fi opozabile tuturor, nici nu era necesară o acțiune în anulare. Cum nici practicianul și nici masa creditorilor nu sunt succesorii în drepturi și obligații ai debitorului, ei nu sunt ținuți a respecta garanția supusă acestui mod de publicitate^[4]. Mai mult decât atât, Codul insolvenței a reactivat în cadrul art. 88 prevederea fostului art. 50 din Legea nr. 85/2006^[5], privind inopozabilitatea față de masa credală a actelor sau faptelor care nu au fost făcute opozabile anterior deschiderii procedurii: „Dacă la data deschiderii procedurii un drept, act sau fapt juridic nu devenise opozabil terților, înscrierile, transcrierile, intabulările și orice alte formalități specifice necesare acestui scop, inclusiv cele dispuse în cursul unui

de fluctuația bunurilor ce o compun. În acest ultim caz, deși s-a considerat că procedeul este o invenție remarcabilă, oportunitatea săvârșirii unor abuzuri din partea creditorilor este crescută; R. Goode, în J. Getzler, J. Payne, *Company Charges – Spectrum and Beyond*, Oxford University Press, 2006, p. 11.

^[1] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 331/2010, nepublicată.

^[2] La data soluționării cauzei, conform art. 6 alin. (3), erau excluse din sfera bunurilor ce pot fi afectate unei garanții reale mobiliare numai imobilele prin natura lor (terenurile și construcțiile). Asupra acestor bunuri se poate constitui numai o ipotecă, în condițiile Codului civil. Se exclud, de asemenea, din categoria bunurilor mobile asupra cărora se poate constitui o garanție reală mobilă clădirile și materialele de construcții.

^[3] În același sens, C.A. Timișoara, s. com., dec. civ. nr. 957/2010, nepublicată.

^[4] Conform dispozițiilor Legii nr. 7/1996, art. 25, preluat în noul Cod civil care însă, suplimentar, consacră caracterul constitutiv al înscrierii în cartea funciară, revenind, în mod, benefic, la dispozițiile anterioare din Decretul-lege nr. 115/1938. Pentru dezvoltări, vezi, de exemplu, V. Stoica, *Drept civil, Drepturile reale principale*, Ed. C.H. Beck, 2009, p. 442 și urm.; M. Nicolae, *Tratat de publicitate imobiliară*, vol. I, Introducere în publicitatea imobiliară, Ed. Universul Juridic, 2006, p. 243 și urm.

^[5] Acest articol a fost abrogat prin Legea nr. 277/2009.

proces penal în vederea confiscării speciale și/sau extinse, efectuate după data deschiderii procedurii, sunt fără efect față de creditori, cu excepția cazului în care cererea sau sesizarea, legal formulată, a fost primită de instanță, autoritatea ori instituția competentă cel mai târziu în ziua premergătoare hotărârii de deschidere a procedurii. Înscrierile efectuate cu încălcarea acestui articol se radiază de drept”.

De asemenea, și în practică s-a consacrat finalitatea garanției în privința unor bunuri aparținând unui terț, iar nu debitorului, arătându-se că existența unei garanții reale imobiliare asupra bunurilor unei terțe persoane care a acceptat instituirea unei ipotece pe apartamentul său, pentru a garanta contractul de împrumut al debitoarei falite, nu conferă caracterul privilegiat al creanței împrumutătorului în raport cu debitoarea. De asemenea, s-a considerat că în lipsa înregistrării gajului reclamantei asupra bunurilor mobile ale debitoarei în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, acesta nu este opozabil celorlalți creditori și nu îi conferă caracterul de creanță privilegiată^[1]. În mod similar, art. 2409 NCC consideră o ipotecă perfectă dacă s-au realizat și formalitățile de opozabilitate.

5.3. Data constituirii cauzei de preferință

43. Din formularea textului lit. e) rezultă că legiuitorul a avut în vedere pentru anulare doar constituirea ulterioară a garanțiilor reale pentru o creanță anterioară (chirografară), iar nu și constituirea în mod concomitent sau anterior cu nașterea creanței. Justificarea diferențierii pe care legiuitorul o face între aceste momente rezidă în aceea că o constituire concomitentă sau anterioară^[2] nu generează neegalitate de tratament sau prejudicierea creditorilor, ba chiar aduce securitate celor care creditează profesioniștii cu astfel de împrumuturi. Dacă se constituie o garanție pentru o datorie anterioară se favorizează un creditor în dauna celorlalți, se încalcă aplicarea în procedură a aceluiași reguli față de toți creditorii, ceea ce permite prezumarea fraudării acestora. Este vorba de încheierea în sine, sub aspectul validității, a actului de garanție *nu și de înscrierea acesteia pentru opozabilitate*, după caz^[3]. De asemenea, se au în vedere doar garanțiile reale nu și cele personale (*fideiusiunea*), acestea executându-se în paralel cu procedura insolvenței^[4].

5.4. Presumția de fraudă

În reglementările anterioare, art. 726 alin. (4) C. com. instituia prezumția că au fost efectuate în fraudă creditorilor constituirile de gajuri, anticreze și ipotece, după încetarea plăților. Întrucât încetarea plăților precedă deschiderea procedurii falimentului, perioada corespundea celei reglementate prin art. 79 și art. 80 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 117 din Legea nr. 85/2014, ca fiind *perioadă suspectă*. Presumția de fraudă se aplica cu certitudine pentru datoriile negarantate care existau înainte de încetare sau

^[1] C.A. Pitești, s. com., dec. nr. 191/R/2008, www.portal.just.ro.

^[2] Art. 2371 NCC permite constituirea unei garanții în avans.

^[3] Conform art. 56 alin. (1) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil, dispozițiile privitoare la dobândirea drepturilor reale imobiliare prin efectul înscrierii acestora în cartea funciară se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

^[4] A. Avram, op. cit., p. 189.

după încetare, dar totuși înaintea constituirii garanției reale în favoarea lor, deoarece în această situație este evidentă intenția debitorului falit de a-l favoriza pe creditor; controversa cu privire la acest text se referea la situația în care constituirea garanției reale, în perioada suspectă, s-a produs concomitent cu nașterea datoriei^[1]. Opinia care prezintă argumentele cele mai credibile este că textul art. 726 alin. (4) se aplica de îndată ce constituirea garanției reale s-a făcut în perioada suspectă. Observăm că textul, ca și soluția doctrinară sub imperiul Codului comercial, nu coincid cu ipoteza reglementată de art. 80 alin. (1) lit. e) din Legea nr. 85/2006 și, respectiv, art. 117 alin. (2), lit. e) din Codul insolvenței, pentru că în reglementarea anterioară era indiferentă nașterea creanței ca negarantată, în timp ce articolele mai recente pretind ca *nașterea creanței să fie fără garanții*, iar în perioada suspectă să fie întărită cu o garanție reală^[2].

În mod relevant, s-a reținut ca fiind aplicabilă sancțiunea în situația în care creditorul chirografar a devenit garantat, printr-un gaj fără depozitare, constituit în favoarea sa, chiar după introducerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței, dar anterior pronunțării asupra acesteia^[3], consecința acesteia fiind *schimbarea ordinii de preferință*, în tabel.

Proximitatea deschiderii procedurii prezintă relevanță și în acest caz. Dacă creditorii sunt chirografari, constituirea de către debitor, în perioada suspectă, pentru unul dintre aceștia, a unei garanții reale (gaj, ipotecă) va dăuna în mod evident posibilității de recuperare a creanțelor celorlalți creditori, în condițiile în care creanțele garantate, spre deosebire de cele chirografare, se îndestulează cu prioritate și integral din bunul adus în garanție. Creditorii chirografari au tendința, atunci când află despre insolvența debitorului lor, să încerce să-și îmbunătățească situația privind șansele de recuperare a creanțelor. Practic, un astfel de act este similar celui reprezentat de plățile anormale. Prin astfel de acte, debitorul își micșorează averea, dar creditorul nu își mărește patrimoniul

^[1] Pentru dezvoltări privind controversa, a se vedea M.A. Dumitrescu, op. cit., p. 573-575.

^[2] În acest sens, a se vedea C.A. București, s. I, 13 aprilie 1891: „Considerând că din acte și din desbateri, rezultă că firma (...) Ionescu, astăzi falită, în urma unei regulări de compturi, făcută la 6 decembrie 1887, a regulat plata datoriei către casa fraților Stănești, din Brașov, în șase polițe cu scadențe diferite, iar la 17 iulie 1889, fiind mai multe din zisele polițe ajunse la scadență și neplătite, firma (...) Ionescu a fost constrânsă să constituie ipoteca a cărei anulare se cere, în care se coprinde pe lângă valoarea polițelor neplătite și o sumă de 5.852 lei pe care casa fraților Stănești a numărat-o faliților la facerea actelor de ipotecă, de sigur pentru a-i determina la aceasta (...) Considerând că epoca încetării plăților firmei falite (...) Ionescu s'a fixat irevocabil din ziua de 2 mai 1889; Considerând că așa fiind, ipoteca pentru garantarea creanței de 36.300 lei în aur, menționată mai sus, este presumată de lege că a fost făcută în fraudă creditorilor mesei falite, și urmează a se anula ca atare, rămânând creditorilor dreptul d'a fi primiți între creditorii chirografari al falimentului cu creanța lor chirografară de 6.300 lei în aur, așa cum o aveau înainte de constituirea ipotecei (art. 722 C. com.); Considerând că buna-credință invocată de intimat nu s'a aprobat, din contră, din toate faptele și împrejurările cari au procedat și însoțit constituirea ipotecei, rezultă că încă dela 1887 casa fraților Stănești din Brașov cunoștea starea încurcată a afacerii firmei (...) Ionescu, și că la 1 iulie 1889 a dobândit certitudinea că disa firmă se găsea în starea de încetare de plăți, prin obsesiune și violență morală obține ipoteca pentru garantarea creanței în suferință încă din 1887; că, așa fiind, casa fraților Stănești din Brașov, care la început se mulțumește pe credința firmei (...) Ionescu, primind-o obligațiune simplă, nu mai putea schimba caracterul creanței sale în ajunul falitei debitorului, căci, cerând atunci siguranță a forțat pe faliți să săvârșească o fraudă, la care s'a asociat și dânsa voind să fie avantajată în paguba celorlalți creditori; Considerând că, fără temei se invocă de intimat, pentru a fi declarată valabilă ipoteca, art. 723, C.com. deoarece prin acest articol se declară valabile inscripțiunile ipotecare luate în virtutea unui titlu recunoscut valabil, când prin acest titlu se stipula (!) ipoteca, numai inscripțiunile să fie anterioare sentinței declarative de faliment, ceea ce nu este în specia noastră”, M.A. Dumitrescu, op. cit., p. 575, apud. I. Turcu, Legea (...), p. 417.

^[3] Trib. Arad, s. com., sent. civ. nr. 1341/2009, nepublicată.

în detrimentul acestuia. Practic, actul nu este oneros pentru debitor, dar nici cu titlu gratuit pentru beneficiar^[1].

§6. Plata datoriilor nescadente

44. Actele prevăzute de art. 117 alin. (2) lit. f) din Codul insolvenței [corespondentul art. 80 alin. (1) lit. f) din Legea nr. 85/2006] sunt cele care privesc efectuarea unor plăți, anticipat, ale datoriilor, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii.

În acest caz, deși debitele pe care le avea de plătit aveau prevăzută scadența după deschiderea procedurii insolvenței, debitorul face plata în proximitatea deschiderii procedurii, când aproape în mod sigur știa de insolvență, favorizând vizibil pe creditorii plătiți astfel în dauna celorlalți, ale căror creanțe erau scadente în acea perioadă – dar au rămas neplătite – sau ale căror creanțe erau scadente tot după deschiderea procedurii. O astfel de plată intră în contradicție cu *principiul egalitarismului aplicabil tuturor creditorilor*^[2]. Plata unei creanțe care nu era scadentă este nulă față de creditorii în procedura insolvenței, indiferent dacă s-a efectuat cu sume de bani, bunuri sau în alt mod – cesiune, compensare, vânzare etc. Nici nu este nevoie să se dovedească faptul că acela care a primit plata cunoștea starea de insolvență a debitorului plătitor.

Intră în categoria creanțelor neajunse la scadență și creanțele care la data plății erau încă *sub condiție*. De asemenea, nu are importanță dacă creanța era garantată (ipotecă, gaj, fideiusiune), iar prin plată se eliberează garanțiile respective. Efectuarea unei plăți anticipate de către debitorul față de care ulterior este deschisă procedura insolvenței este sancționată de lege cu nulitatea actului, dacă scadența datoriei stinse este posterioară datei începerii procedurii. Este de remarcat faptul că, prin intermediul acestui text, legiuitorul a stabilit o excepție de la regula potrivit căreia plata efectuată înainte de termen nu este supusă repetițiunii. Prin urmare, orice plată datorată efectuată anticipat, dar pentru o datorie scadentă înainte sau chiar în ziua deschiderii procedurii insolvenței, este valabilă și nu poate fi anulată^[3].

Fiind insolvent, adică incapabil să-și plătească datoriile exigibile, debitorul este și incorect dacă le plătește pe cele nescadente, favorizând pe unii creditori, în prejudiciul celorlalți. Prin textul analizat sunt vizate numai plățile efectuate de către debitor, nu și plățile primite de acesta. Anularea actului produce efecte și față de garantul fideiusor, care se va considera retroactiv că nu a fost liberat prin plata făcută de debitor^[4].

Norma legală este aplicabilă și creanțelor care nu erau încă născute la data la care au fost plătite^[5], precum și plăților efectuate prin mecanismul juridic al cesiunii de creanță sau al delegației, al novației sau al dării în plată. Cu toate acestea, în jurisprudența franceză s-a decis că „scapă” de sub incidența normei similare celei comentate *plățile prin efecte de comerț* (cambie, bilet la ordin, cec) dacă este certă existența creanței trăgătorului față de tras. Excepția operează și în cazul plăților efectuate prin card bancar, precum și remiterilor în cont curent^[6]. Nulitatea nu operează nici în cazul compensărilor

[1] A. Avram, op. cit., p. 188.

[2] *Ibidem*.

[3] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 289.

[4] I. Turcu, Legea (...), p. 418.

[5] P.-M. le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2006/2007, p. 1287.

[6] *Ibidem*.

legale sau judiciare ale creanțelor, dar norma legală privind nulitatea este aplicabilă compensărilor convenționale.

Sunt vădit părtinitoare plățile efectuate înainte de exigibilitatea creanțelor, în condițiile în care nu s-au plătit datoriile scadente cu peste 60 de zile^[1], acesta fiind termenul impus de lege pentru instituirea *prezumției de insolvență*. Aplicarea textului pretinde și condiția ca data plăților anticipate să se situeze în perioada de 6 luni care a precedat deschiderea procedurii.

În situația în care creanța avea și alt codebitor sau era garantată prin fideiusiune, anularea actului debitorului va antrena automat anularea liberării codebitorului sau a garantului fideiutor pentru datoria debitorului. Ca urmare a anulării plății, creditorul favorizat va fi obligat să restituie plata primită și să înscrie creanța sa în tabel^[2].

6.1. Modalitatea plății

45. Noțiunea de „*plată în numerar*” este cea mai răspândită, dar textul are un înțeles mai larg care cuprinde și *darea în plată*. Tot o modalitate de dare în plată este cesiunea de creanță, delegația sau novația. În ce privește compensația, ea este reglementată ca efect al deschiderii procedurii la art. 90. Ca urmare, poate fi declarată nulă de drept orice plată, indiferent sub ce formă, în cazul datoriilor nescadente la data plății. Într-adevăr, creditorul dovedește o grabă suspectă în cazul în care primește o datorie nescadentă într-un moment în care fondurile debitorului nu îi permit să facă față pasivului exigibil. El își manifestă astfel intenția de a-l favoriza pe titularul unei creanțe pe termen lung, care nu i-ar putea pretinde nimic, atât timp cât creanța nu devine exigibilă. A *fortiori*, nulitatea intervine în cazul plății efectuate, deși datoria nu era încă născută^[3].

În practica franceză, s-a arătat că pentru a stabili dacă o datorie este sau nu scadentă, trebuie să ne raportăm la dreptul comun. În principiu, în domeniul contractual, *exigibilitatea* este imediată, și anume plata trebuie efectuată odată cu nașterea obligației. Cu toate acestea, legea sau părțile pot decide că plata nu va fi exigibilă decât la împlinirea unui anumit termen. În ceea ce privește rambursarea avansurilor consimțite în cont curent cu titlu de împrumut din partea unui asociat, s-a considerat că, în lipsa unor condiții speciale stabilite în actul constitutiv sau într-o convenție încheiată de creditorul împrumutător și societate, soldul creditor al contului curent constituie o datorie scadentă, a cărei rambursare poate fi solicitată de titularul contului, în orice moment^[4]. De asemenea, nu intervine o prelungire a termenului de plată, iar plata rămâne valabilă în cazul în care creditorul a acordat debitorului doar o facilitate de plată, adică i-a acordat un termen maximal pentru a se achita, fiind precizat că persoana în cauză își conservă facultatea de a face o plată anticipată. Jurisprudența a considerat, în mod tradițional, că plata unei datorii nescadente nu este afectată de o inopozabilitate de drept, în cazul în care debitorul are o facultatea de a sconta, dat fiind că, în acest caz, el are interesul să plătească datoria înainte de termen. Soluția rămâne valabilă astăzi, dar o astfel de plată este în acest caz susceptibilă de o nulitate facultativă.

^[1] Conform art. 29 din Codul insolvenței termenul a fost redus de la 90 de zile, așa cum era reglementat în Legea nr. 85/2006.

^[2] I. Turcu, Legea (...), p. 419.

^[3] C.A. Douai, 16 juin 1994, Rev. proc. coll. 1995. 63, obs. B. Lemistre.

^[4] C.A. Paris, 17 sept. 1999, D. 1999, AJ 31, obs. A.L., apud A. Martin-Serf, Répertoire (...), parag. 99.

În mod similar dreptului nostru, modalitatea de plată este irelevantă. Într-adevăr, ceea ce este inacceptabil în acest context nu este modalitate de plată, ci faptul că ea a avut loc în timpul perioadei suspecte, prin plata unei datorii nescadente^[1].

În jurisprudență, au fost anulate în special, după ce au fost calificate ca plată a datoriilor nescadente, afectarea unui împrumut consimțit în cursul perioadei suspecte rambursării datoriilor contractate anterior de către împrumutător față de împrumutat^[2].

6.2. Consecințele nulității

46. În cazul în care plata unei datorii nescadente este anulată, creditorul trebuie să îi restituie debitorului ceea ce a primit. Însă, el își poate declara creanța și obține rambursarea sa participând la procedura de reorganizare sau de faliment. Nulitatea nu afectează astfel decât plata anticipată și nu raportul juridic care s-a aflat la originea acesteia. Ea nu provoacă evicțiunea creditorului, ci o simplă restabilire a egalității. În schimb, nulitatea plății efectuate de către debitor îi este opozabilă fideiuzorului, care va fi considerat retroactiv ca nefiind liberat^[3].

Plata datorată de *accipiens* cuprinde, în principiu, nu numai principalul ci, de asemenea, și dobânzile. Într-adevăr, creditorul a acționat cu rea-credință, deoarece în practica obișnuită a afacerilor, un debitor așteaptă scadența pentru a-și plăti datoriile. Hotărârea ce declară nulitatea trebuie să precizeze dacă dobânzile încep să curgă de la data plății sau de la o dată ulterioară, iar creanța rezultată dintr-o obligație de rambursare, ca urmare a anulării unei plăți, este o datorie anterioară, creditorul fiind obligat să depună declarație de creanță^[4].

Rămâne problema unei eventuale compensări între datoria ce are ca obiect restituirea decurgând din anularea plății și creanța acceptată de către creditor. În trecut, creditorul nu își putea compensa datoria ce avea ca obiect o restituire cu o datorie pe care debitorul în reorganizare o avea față de el, în lipsa reciprocității dintre creanța și datoria în cauză, din moment ce inopozabilitatea dădea naștere unei datorii față de masă și nu față de debitor^[5]. Această soluție ar fi putut fi abandonată, în Franța, odată ce Legea din 1985 a instituit o nulitate a plăților efectuate în cursul perioadei suspecte. Cel care a pierdut acțiunea în anularea unei plăți devine debitor al debitorului în insolvență și ar trebui să poată să invoce compensația. Dar Curtea de Casație nu a admis acest lucru, referindu-se la scopul nulității operațiunilor, și anume acela de a reconstrui activul debitorului^[6].

[1] Cu toate acestea, sa stabilit că nulitatea nu se aplică în cazul remiterilor de fonduri sau de efecte de comerț în contul curent, în temeiul indivizibilității contului, și nici în cazul plății unei cambii, bilet la ordin sau a unui cec emise pentru o datorie nescadentă, sub rezerva unei acțiuni îndreptate împotriva celui care a beneficiat de punerea în circulație a titlului cunoscând starea de încetare de plăți.

[2] Cass. com. 25 juin 2002, RJDA 2002, nr. 1300, Rev. proc. coll. 2004. 70, obs. G. Blanc.

[3] Cass. com. 22 oct. 1996, D. 1997, IR 2, Rev. sociétés 1997. 596, note P. Didier.

[4] Curtea de Casație a impus ferm această soluție, severă în ceea ce îl privește pe creditor, dar inevitabilă, dată fiind retroactivitatea care este, prin definiție, asociată oricărei nulități (Cass. com. 30 oct. 2000, D. 2000, AJ 427, obs. A. Lienhard, RTD com. 2001. 236, obs. A. Martin-Serf: în această cauză, acțiunea în anulare a fost introdusă la mult timp după hotărârea de deschidere a procedurii, creanța având ca obiect rambursarea, neputând fi declarată la timp și nedând loc repunerii în termenul de un an de la data pronunțării hotărârii, fiind stinsă).

[5] Cass. com. 11 févr. 1970, Bull. civ. IV, nr. 56, D. 1971. 450, 2^e esp., note M.-T. Rives-Lange, RTD com. 1971. 494, obs. R. Houin.

[6] Cass. com. 24 oct. 1995, D. 1996. 86, note F. Derrida.

6.3. Poziția cocontractantului

47. În opinia noastră, cocontractantul care se află în situația unui creditor chirografar al unei sume de bani ce urmează ai fi restituită este pus într-o postură foarte inconfortabilă. În primul rând, pentru argumentele deja arătate, este greu de admis faptul că poziția sa ar fi aceea a unui terț de bună-credință, care s-ar putea bucura astfel de prioritizarea creanței sale conform dispozițiilor art. 161 pct. 4 din Codul insolvenței, adică a *creanțelor curente*. În al doilea rând, dacă acceptăm faptul că poziția acestui cocontractant este aceea a unui terț de rea-credință, creanța solicitată va avea ordinea de prioritate a art. 161 pct. 10 din Codul insolvenței, adică a *creanțelor subordonate*.

Observăm faptul că legiuitorul Codului insolvenței a stabilit o poziționare atât justă, cât și rațional-economică a unui creditor față de debitorul său, în proximitatea deschiderii procedurii de insolvență. „Fortând” o plată, deși este pe deplin conștient că scadența nu s-a împlinit și prin aceasta, că încalcă ordinea de prioritate a altor creditori, terțul în discuție riscă o revocare, al cărei final este o imposibilitate de încasare obiectivă, pentru că sunt extrem de rare cazurile în care creanțele subordonate sunt îndestulate în procedură.

De asemenea, rațiunea poziționării terțului, de regulă, în ordinea unui terț de rea-credință este aceea a faptului că o interpretare în sens contrar ar avea efectul inutil al unei plăți reversate, urmată de o plată cu titlu de creanță curentă. Cu alte cuvinte, dacă am admite că un terț contractant nu a fost conștient și nu a urmărit deliberat o încasare pentru o creanță nescadentă, utilitatea unei acțiuni în anulare în această situație nu ar mai exista, pentru că, în concret, admiterea ei ar avea ca efect nașterea pentru cocontractant a unei creanțe curente – ale cărei reguli, clar stabilite de Codul insolvenței – impun plata.

6.4. Mijloace de plată admise

48. S-ar putea declara nulă de drept orice plată a datoriei scadente, efectuată altfel decât în numerar, efecte de comerț, prin virament sau orice altă modalitate de plată acceptată de comun acord în relațiile de afaceri. Rațiunea protecției plății în numerar se întemeiază pe securitatea tranzacțiilor, fapt ce impune ca plata unei datorii scadente să fie valabilă, exceptând cazul aplicabilității unei nulități dacă creditorul cunoștea starea de încetare de plăți.

Pe de altă parte, creditorul care a primit altceva decât obiectul obligației poate fi suspectat de fraudă, dat fiind că această modalitate anormală de plată nu a fost, fără îndoială, obținută decât la presiunile creditorului, debitorul sustrăgându-și, astfel, un bun din patrimoniu care ar fi trebuit să constituie în continuare gajul tuturor creditorilor, plata este contrară principiului egalității. De aceea, s-au considerat normale anumite procedee de plată, dar nu se poate deduce din exceptarea plății în numerar că toate celelalte mijloace sunt contrare practicilor din afaceri și, prin urmare, anormale. Judecătorul beneficiază astfel de o marjă de apreciere pentru a decide dacă un astfel de procedeu, deși neobișnuit, în general, este totuși valabil, având în vedere circumstanțele particulare ale plății. Trebuie, de asemenea, să fie vorba de o plată⁽¹⁾: un protocol sau un acord care se limitează la fixarea unui calendar de plată a datoriei debitorului nu intră sub sfera de sancțiune a textului analizat.

⁽¹⁾ Cass. com. 10 déc. 2002, RDA 2003, nr.522, Rev. proc. coll. 2004. 71, obs. G. Blanc.

§7. Actele juridice încheiate cu scop special

49. Actele prevăzute de art. 117 alin. (2) lit. g) [corespondentul art. 80 alin. (1) lit. g) din Legea nr. 85/2006^[1]] sunt actele prin care se operează un transfer sau este asumată o obligație, efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anterior datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde sau întârzia starea de insolvență ori de a frauda un creditor.

Acest caz de nulitate a fost introdus prin Legea nr. 85/2006, fără corespondent în Legea nr. 64/1995, deoarece s-a constatat în practică faptul că există multe situații în care debitorul insolvent încheia acte juridice care nu se încadrau în cele prevăzute de art. 61 [din Legea nr. 64/1995] pentru a masca sau amâna starea de insolvență ori pentru a prejudicia un creditor.

Textul, aproape de neregăsit în practică, impune îndeplinirea mai multor condiții, cumulativ sau nu, în funcție de ipoteza în care se încadrează actul fraudulos:

a) pentru început, sunt vizate operațiuni prin care se realizează un transfer patrimonial sau asumarea unor obligații;

b) apoi, acestea trebuie să fi fost îndeplinite în decursul celor doi ani anteriori deschiderii procedurii;

c) este impusă *intenția* de a se obține, ca rezultat: fie ascunderea, fie întârzierea stării de insolvență, fie fraudarea unui creditor;

d) calitatea de debitor să existe la data efectuării operațiunii sau asumării de obligații sau să devină ulterior acestora;

e) data de referință este cea la care debitorul a intenționat realizarea finalității propuse (ascunderea sau întârzierea stării de insolvență sau fraudarea unui creditor al său) și este necesar ca aceasta să coincidă cu data la care s-a efectuat transferul ori operațiunea vizată.

Exprimarea actuală a textului, mai cursivă decât cea anterioară este, totodată, și mai cuprinzătoare, deoarece nu limitează natura operațiunilor sau a transferurilor decât la dovedirea intenției debitorului.

Actul vizat prejudiciază drepturile creditorilor prin intermediul fraudei. Pentru a se reține *frauda* este suficient să se facă dovada:

– forme în care aceasta este reglementată, respectiv a faptului că au fost îndeplinite condițiile menționate și/sau că debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele perioadei suspecte;

– faptului că debitorul a fost conștient, în momentul încheierii actului, că îi prejudiciază pe creditorii. Nu este necesară dovada dolului^[2].

Cele două direcții ale manifestării de voință menționate în textul de lege sunt *alternative*, iar nu cumulative; în primul caz se vizează ascunderea, respectiv întârzierea

^[1] În Legea nr. 85/2006, în acest caz, erau cuprinse actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anterior datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă o persoană fizică sau juridică față de care era la data efectuării transferului unor operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de compensare bilaterală (netting), realizate în baza unui contract financiar calificat, ori a devenit ulterior debitor, în sensul prezentei legi.

^[2] Manual de bune practici (...), p. 97.

stării de insolvență (după cum aceasta este deja existentă sau doar iminentă). În celălalt caz, intenția este de a fraudă ceilalți creditori (nu cocontractantul)^[1].

Fiind vizate de lit. g), actele respective de transfer sau de asumare a obligațiilor sunt anulabile doar dacă ambele categorii de condiții se întrunesc cumulativ, respectiv, sunt efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii și există intenția de a ascunde/înțârzia starea de insolvență ori de a fraudă o terță persoană fizică sau juridică față de care era sau a devenit ulterior debitor.

După deschiderea procedurii, în cadrul acesteia, cocontractantul poate cere compensarea creanțelor reciproce, precum și recunoașterea rezultatelor compensării în procedură; or, în urma compensării se poate ca acel cocontractant să apară drept creditor al debitorului, situație în care apare suspiciunea că acesta era și scopul compensării, în dauna celorlalți creditori, care se mai văd cu încă o creanță concurentă.

§8. Actele juridice încheiate cu persoane având relații speciale cu debitorul

50. În situațiile enumerate în art. 117 alin. (4) lit. a)-g), se prezumă că operațiunile păgubitoare pentru creditori au fost posibile datorită abuzului persoanei interesate, care a profitat în același timp și de poziția deținută în societate și de informațiile la care avea acces despre posibila declanșare a procedurii, pentru a obține un folos injust, în prejudiciul creditorilor^[2].

Ca o condiție comună, legea impune ca operațiunile vizate să fi fost încheiate în perioada de doi ani, anterior deschiderii procedurii.

„Testele de piață” care sunt de obicei necesare în vânzările din procedură sunt sub nivelul optim, deoarece toate acestea tratează potențialii cumpărători ca polarizând procedura împotriva celor ce sunt sau fac parte din structura debitorului^[3]. Fiind cei mai bine informați despre situația debitoarei și a valorii bunurilor sale, prezumția de fraudă relevă, în unele cazuri, atitudinea dominantă a majorității sau a conducerii. Acest fapt se materializează prin abuzul de bunuri sociale, într-un sens specific, de această dată, prin operațiunile anume prevăzute în cadrul acestui text legal, încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii cu persoanele aflate în raporturi juridice cu debitorul.

8.1. Precizări introductive

51. Potrivit textului, operațiunile menționate, încheiate în perioada suspectă, cu persoanele aflate în raporturi juridice cu debitorul, vor putea fi anulate și prestațiile recuperate dacă sunt în dauna creditorilor. Ca trăsături ale cazurilor cuprinse în acest alineat, comune categoriilor sancționate, au fost distinse:

– puterea deplină de apreciere asupra actelor încheiate de către debitor cu creditorii ce sunt și persoane afiliate, conferită judecătorului-sindic;

^[1] Textul din Lege nr. 85/2006 cuprindea referirea la situația în care debitorul a fost parte într-un contract calificat, încheiat cu un cocontractant, asumându-și obligații față de acesta prin instrumente derivate sau în baza ducerii la îndeplinire a unui acord de compensare bilaterală, în condițiile în care era debitor sau devine debitor ulterior față de un terț, A. Avram, op. cit., p. 190.

^[2] În lucrarea Manual de bune practici (...), p. 100, s-a considerat că este cu atât mai mult justificată introducerea acestui tip de acțiune atunci când actele au fost încheiate după data deschiderii procedurii. Considerăm că, pentru actele încheiate după deschiderea procedurii insolvenței, devin incidente dispozițiile art. 87 din Codul insolvenței.

^[3] P. Povel, R. Singh, Sale-Backs în Bankruptcy, www.jleo.oxfordjournals.org, 6 september, 2006.

– actele anulabile nu trebuie să fi fost încheiate cu intenția de a fraudă alți creditori, existența acestei intenții fiind irelevantă;

– în mod similar cu cele încheiate cu creditorii „obișnuiți”, trebuie să fi condus la o înrăutățire a situației respectivului creditor persoană afiliată comparativ cu situația sa patrimonială în caz că operațiunea nu ar fi avut loc, debitorul aflându-se în insolvență;

– legea protejează actele încheiate de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale, iar în lipsă de probă contrară, orice act echitabil (nedezechilibrat), încheiat cu respectarea scadenței, pentru stingerea unei datorii certe, lichide și exigibile este prezumat a fi corect.

Această prezumție de normalitate este necesară pentru a nu pune sub semnul întrebării *toate* actele încheiate de către debitor în perioada de până la 2 ani înaintea deschiderii procedurii, în caz contrar putând fi grav afectată stabilitatea relațiilor comerciale, considerent avut în vedere de legiuitor pentru reducerea termenului perioadei suspecte la maximum 2 ani.

8.2. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. a)

52. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. a) [corespondentul art. 80 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 85/2006]] sunt acele acte încheiate cu un asociat comanditat sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, atunci când debitorul este respectiva societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată. În cazul acestor acte juridice, legea pornește de la prezumția relativă că asemenea acte sunt încheiate ca urmare a influenței pe care o au asociații care dețin cel puțin 20% din capitalul societăților prevăzute de lege^[1].

Este întemeiată o acțiune pentru anularea actului prin care se înstrăinează unicul activ al debitorului către o altă societate având aceiași asociați ca și societatea debitoare^[2]. Legiuitorul a avut în vedere o presupusă posibilitate de influențare a debitorului de către cei cu care acesta a efectuat operațiunea^[3].

Practica a constatat, în mod corect, faptul că este anulabil actul juridic prin care imobilul proprietatea debitoare a fost transferat asociatului unic al acesteia, în condițiile în care la data transferului societatea debitoare avea datorii către furnizori și către bugetul de stat, prețul nu a fost depus în contul societății, fiind încasat în contul creanței sale față de societatea debitoare, iar prin întrunirea dublei calități de administrator al vânzătoarei și de cumpărător în persoana pârâtului s-a confirmat și intenția de fraudare a intereselor creditorilor^[4] sau când s-a înstrăinat un bun către un alt asociat și administrator^[5].

La data deschiderii procedurii pârâtul era asociat unic și administrator al debitorului, fiind desemnat ulterior administrator special. Conform documentelor contabile ale debitorului, respectiv balanțelor de verificare și fișelor analitice pe conturi, asociatul

^[1] St.D. Cârpenaru C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale, comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, 2006, p. 290, V. Pașca, op. cit., p. 16.

^[2] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 407R/2005, în D. Lupașcu, *Culegere de practică judiciară în materie comercială 2005*, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 253.

^[3] A. Avram, op. cit., p. 191.

^[4] C.A. Brașov, s. com., dec. nr. 452/2008, UNPIR, *Procedura insolvenței*, Culegere de practică judiciară, 2006-2009, vol. I, Ed. C.H. Beck, p. 285.

^[5] Trib. Sălaj, s. com., sent. nr. 318/2007, nepublicată.

unic și administratorul statutar al debitorului a creditat debitorul cu suma de 426.561,02 lei. Această sumă a fost restituită în anul anterior deschiderii procedurii, în condițiile în care debitoarea înregistra creanțe de peste 4 milioane lei, restituirea creditării firmei fiind făcută în dauna celorlalți creditori^[1].

Aplicabilitatea acestui caz este limitată la anumite forme de societăți: societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată.

8.3. Actele sau operațiunile prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. b)

53. Actele sau operațiunile prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. b) [corespondentul art. 80 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 85/2006] sunt acele acte încheiate cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un *grup de interes economic*^[2]. Reglementarea acestei instituții a cunoscut consacrare și pe plan european, prin adoptarea Regulamentului nr. 2137 din 25 iulie 1985 privind grupurile europene de interes economic, menit să faciliteze cooperarea economică sub forma acestei instituții între persoanele fizice și juridice din statele membre ale Uniunii Europene. Pentru o deplină armonizare a cadrului juridic românesc cu dispozițiile legale ale Uniunii Europene, toate dispozițiile imperative vizând constituirea, organizarea și funcționarea grupurilor europene de interes economic au fost prevăzute pentru grupurile de interes economic înmatriculate în România^[3].

Grupul de interes economic (GIE) este o entitate relativ nouă și puțin uzitată în dreptul românesc^[4]. Modelul după care a fost construită această reglementare este cel al instituției similare din dreptul francez. Doctrina franceză consideră în mod unanim că GIE a fost creat pentru a da grupului de societăți franceze o formă de organizare unitară și capabilă să facă față necesităților concurenței. Scopul constituirii GIE este acela de a înlesni, dezvolta sau îmbunătăți activitatea economică a membrilor grupului, fiind interzisă distribuirea de dividende între membrii grupului. Grupul poate să reunească fie societăți comerciale, în mod exclusiv, dând astfel o anumită coeziune grupului sau alianțelor de societăți, fie societăți și alte forme de organizare de întreprinderi, inclusiv persoane care exercită profesii liberale^[5].

Răspunderea membrilor pentru datoriile grupului este nelimitată și solidară, în caz de insolvență, membrii grupului având o răspundere identică cu răspunderea asociaților din societățile de persoane care răspund nelimitat și solidar pentru societate.

[1] Trib. Arad, s. com., sent. com. nr. 1229/2010, nepublicată.

[2] Legea nr. 161/2003, Titlul V, art. 118-238. Noțiunea din lege desemnează o asociere între două sau mai multe persoane fizice sau juridice, constituită pe perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării economice a membrilor săi, precum și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective. A se vedea și N. Tănădăreanu, Grupurile de interes economic, www.inm-lex.ro.

[3] Expunere de motive la Legea privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției, www.cdep.ro.

[4] Titlul V din Legea nr. 161/2003.

[5] Grupul de interes economic se poate constitui cu sau fără capital social. În cazul în care se decide dotarea cu un capital social, acesta se poate constitui în orice quantum și sub orice formă, inclusiv în clientelă, prestații profesionale, drepturi de proprietate intelectuală, acțiuni etc. Organizarea și funcționarea GIE sunt similare celor stabilite de lege pentru societățile în nume colectiv. Astfel, GIE au ca organe care fac parte din structura lor organizațională și funcțională adunarea generală a membrilor, administratorul și, în anumite condiții, cenzorul.

Grupul de interes economic poate avea, în funcție de obiectul său de activitate, fie calitate de profesionist, fie calitate de neprofesionist. În toate cazurile, grupul de interes economic este o persoană juridică cu scop patrimonial, personalitatea juridică fiind dobândită la data înmatriculării sale în registrul comerțului, indiferent de obiectul său de activitate. Conform legii, înregistrarea GIE în registrul comerțului nu prezumă calitatea sa de profesionist. Grupul de interes economic este supus procedurii insolvenței indiferent dacă are sau nu calitatea de profesionist^[1]. În concluzie, GIE nu este altceva decât o formă specială de persoană juridică ce îmbină caracteristicile societății în nume colectiv cu cele ale societății civile. Particularitatea GIE este faptul că acesta nu poate distribui profitul către „membri”, GIE fiind constituit în vederea îmbunătățirii performanțelor economice ale membrilor și nu pentru obținerea de profit. Așadar, riscul care se împarte între membri se referă doar la pierderi, nu și la profit.

Pentru a fi admisă acțiunea în anulare, pe lângă condiția fraudării, este necesar ca actul să fie încheiat de către debitor cu un membru al grupului economic sau cu un administrator al acestuia. Și în această ipoteză legea are în vedere o eventuală influențare a debitorului de către membrul grupului sau de către un administrator al acestuia^[2]. Se are în vedere aici posibilitatea aceleiași persoane de a fi cunoscut despre instalarea stării de insolvență^[3] și astfel, posibilitatea de influențare a debitorului pentru favorizarea acesteia.

Executarea contractului de societate duce uneori la apariția unor relații societare fictive. În cadrul anumitor grupuri de societăți, în ciuda independenței lor aparente, societățile din grup sunt simple instrumente de realizare a intereselor economico-financiare ale grupului respectiv. Datorită ascendenței uneia sau mai multor societăți dominante asupra altora din grup, existența celor din urmă capătă un aspect de fictivitate: societățile respective au aceleași organe de conducere ori efectuează una față de cealaltă prestații fără echivalent sau se împrumută reciproc cu fonduri bănești sau personal, dețin reciproc participații încrucișate etc.^[4]

8.4. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. c)

54. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. c) [corespondentul art. 80 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 85/2006], respectiv cele încheiate cu un acționar deținând cel puțin 20% din acțiunile debitorului ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acționarilor, atunci când debitorul este respectiva societate pe acțiuni.

Nici în acest caz, textul legii nu a suferit modificări, fiind avute în vedere actele încheiate cu acționarii care dețin cel puțin 20% din acțiunile debitorului sau din drepturile

^[1] Art. 3 alin. (2) NCC stabilește că sunt considerați profesioniști toți cei care exploatează o întreprindere. Ca urmare, termenul de comerciant va fi înlocuit, conform dispozițiilor cuprinse în art. 6 din Legea nr. 71/2011 care stabilește că în cuprinsul actelor normative aplicabile la data intrării în vigoare a Codului civil, referirile la comercianți se consideră a fi făcute la persoanele fizice sau, după caz, la persoanele juridice supuse înregistrării în registrul comerțului, potrivit prevederilor art. 1 din Legea nr. 26/1990 privind registrul comerțului, republicată, cu modificările și completările ulterioare, precum și cu cele aduse prin respectiva lege.

^[2] *St.D. Cărpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea*, op. cit., p. 290, *V. Pașca*, op. cit., p. 16.

^[3] *A. Avram*, op. cit., p. 191.

^[4] Dezvoltări privind societatea fictivă ca simulată sau aparentă, în *St.D. Cărpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea*, op. cit., p. 14 și urm., *F.A. Balas*, Simulația. Studiu de doctrină și jurisprudență, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 275 și urm.

de vot în adunarea generală și debitor. Fraudarea creditorilor trebuie dovedită și în acest caz^[1].

Sunt îndeplinite condițiile legale pentru anularea actului prin care debitorul a înstrăinat bunuri către alte societăți comerciale, dacă înstrăinarea s-a făcut cu titlu gratuit, iar una dintre societățile dobânditoare este acționar majoritar al debitorului^[2], dacă debitorul a încheiat operațiunea cu o persoană care poate influența votul, prin care se determină poziția debitorului^[3].

Un exemplu elocvent este acela în care transferurile patrimoniale au fost efectuate în temeiul hotărârii consiliului local al orașului și în temeiul hotărârii adunării generale a acționarilor debitorului, consiliul local fiind unic acționar. Astfel, în practica mai veche, s-a apreciat că astfel de transferuri sunt anulabile conform art. 45 alin. (1) lit. b) și în temeiul art. 45 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 64/1995, întrucât consiliul local a profitat de calitatea sa de unic acționar pentru a vota o hotărâre care prejudiciază atât interesul debitorului, cât și interesele creditorilor concurenți și creează un avantaj material cert în favoarea Consiliului local, constând în stingerea creanței prin compensare la valori derizorii atribuite bunurilor transferate^[4].

Opus acestui punct de vedere, s-a apreciat că o astfel de acțiune nu poate fi promovată, câtă vreme nu s-a încheiat un contract prin care să se transfere activele, iar părțile interesate puteau ataca hotărârea adunării generale, pe calea specifică^[5]. Credem că această interpretare restrictivă nu este în acord cu formularea textului, din moment ce, înainte de a fi enumerate categoriile vizate de acțiunea în anulare, legiuitorul a înțeles să utilizeze noțiunile: acte sau operațiuni. Coroborat cu enunțarea generică, în cuprinsul celor două alineate ale exemplelor pe care le-a avut în vedere, se poate observa că nu există o limitare la „contracte”, în sensul strict al noțiunii. Atât noțiunea de „acte”, cât și cea de „operațiuni” pot include o gamă largă de activități la care ia parte debitorul: constituie garanții, face plăți preferențiale sau înainte de termen, înstrăinează sau ascunde bunuri, își asumă obligații. O enumerare exhaustivă a acestor acte sau operațiuni ar fi, de altfel, greu de realizat. Or, tocmai faptul că dispoziția legii permite încadrarea acestora în una dintre categorii, înseamnă că permite și titularului acțiunii să analizeze și să atace orice act (evident, în sens larg) prin care se aduce o pagubă creditorilor debitoarei. De aceea, credem că și o hotărâre de consiliu local, luată în calitate de unic acționar, considerată hotărâre a adunării generale, prin care se transferă bunurile societății în patrimoniul acestei entități, poate fi urmată de o acțiune în anulare întemeiată pe dispozițiile art. 117 alin. (4) lit. c) din Codul insolvenței.

8.5. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. d)

55. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. d) [art. 80 alin. (2) lit. d) din Legea nr. 85/2006] încheiate cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă. Este vorba despre *încheierea de acte juridice între debitor și membrii din conducerea sau supravegherea debitorului*. De exemplu, între

[1] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 291.

[2] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 548R/2005, în D. Lupașcu, op. cit., p. 250.

[3] St.D. Cârpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea, op. cit., p. 291.

[4] C.A. Cluj, s. com. și cont. adm., dec. nr. 279/2004, apud I. Turcu, Legea (...), p. 420.

[5] C.B. Nasz, Notă la decizia nr. 346 din 22 februarie 2011 a Curții de Apel Timișoara, www.legeaz.net.

debitor și administrator, director executiv sau cenzor. Pentru admiterea acțiunii în anulare trebuie probată prejudicierea creditorilor^[1].

Transferul unor bunuri ale debitorului la un preț derizoriu, dispus de un membru al consiliului de administrație cu depășirea puterilor încredințate, în favoarea unei alte societăți comerciale având drept asociat pe directorul general al debitorului, denotă intenția ambelor părți contractante de a sustrage bunurile de la urmărirea de către creditori și justifică anularea transferului^[2]. Transferul bunurilor către o altă societate având aceeași asociați, același administrator și sediu social, la scurt timp după pronunțarea hotărârii judecătorești de obligare la plată a debitorului, denotă caracterul fraudulos al transferului, cu consecința anulării acestuia^[3]. În acest caz este suspectă încheierea actului de către debitor cu una dintre persoanele care au atribuții de conducere sau de supraveghere, care este în măsură să și decidă poziția adoptată de debitor^[4].

În practică, s-a constatat incidența cazului analizat, în situația în care debitorul, prin administrator, a vândut bunul subevaluat altei societăți la care același administrator deținea 95% din capitalul social al cumpărătoarei^[5].

8.6. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. e)

56. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. e) [corespondentul art. 80 alin. (2). lit. e) din Legea nr. 85/2006] sunt cele încheiate cu orice altă persoană fizică ori juridică, deținând o poziție de control asupra debitorului sau a activității sale. În primul rând, se remarcă faptul că noua exprimare a art. 117 alin. (4) lit. e) din Codul insolvenței face trimitere la „*poziție de control*”, iar nu la „*poziție dominantă*”, cum este exprimarea textului echivalent din Legea nr. 85/2006.

În al doilea rând, în ipoteza în care se încheie, în dauna creditorilor, un act juridic între debitor și un subiect de drept care are o poziție de control asupra debitorului sau activității sale, acesta este anulabil pentru că legea prezumă existența unei influențe pentru încheierea lui. Conform Rezoluției ONU din 1980, *poziția dominantă* există atunci când un subiect de drept, singur sau împreună cu alții, este în măsură să stăpânească piața unui bun sau serviciu ori a unor grupuri de bunuri sau servicii. În cazul nostru este vorba despre poziția majoritară și cea de control. De exemplu, dacă debitorul este o filială a cocontractantului (societate mamă)^[6]. În acest caz este de presupus că persoana deținând poziția dominantă (care implică de exemplu, monopolul privind activitatea de ratată de debitor, controlul filialei, poziția majoritară în cadrul debitorului etc.) a influențat debitorul în sensul efectuării operațiunii^[7].

S-a considerat îndeplinită această condiție, în situația în care voința socială a ambelor părți cocontractante este determinată de voințele individuale ale acelorași persoane, iar dauna creditorilor a fost corect reținută în diminuarea activelor^[8]. În astfel de situații, poziția dominantă a unei persoane trebuie analizată din prisma poziției efective pe care aceasta a avut-o în societatea comercială. Chiar dacă nu a fost desemnat administrator

[1] St.D. Cărpenaru, op. cit., p. 291.

[2] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 40R/2005, în I.I. Dolache, C.H. Mihăianu, Reorganizarea judiciară și falimentul. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 147.

[3] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 126R/2005, în idem, p. 150.

[4] St.D. Cărpenaru, C. Predoiu, S. David, Gh. Piperea, op. cit., p. 291.

[5] Trib. Arad, s. com., sent. nr. 3241/2009, nepublicată.

[6] Ibidem.

[7] A. Avram, op. cit., p. 192.

[8] Trib. Vâlcea, s.c. nr. 483/2010, www.legeaz.net.

statutar, dar a încheiat, în numele și pe seama societății, acte juridice cu implicații financiare importante, fiind el însuși beneficiar al unui astfel de contract, administratorul de fapt al societății este o persoană ale cărei demersuri se înscriu noțiunii de persoană fizică având o poziție dominantă^[1].

În ceea ce privește „*poziția de control*”, exprimare utilizată de legiuitorul Codului insolvenței, dispozițiile art. 5 pct. 9 stabilesc următoarea definiție: „controlul este capacitatea de a determina sau influența în mod dominant, direct ori indirect, politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare. O persoană va fi considerată ca deținând controlul atunci când: a) deține în mod direct sau indirect o participație calificată de cel puțin 40% din drepturile de vot ale respectivei societăți și niciun alt asociat sau acționar nu deține în mod direct ori indirect un procentaj superior al drepturilor de vot; b) deține în mod direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală a societății respective; c) în calitate de asociat sau acționar al respectivei societăți dispune de puterea de a numi sau de a revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere”.

În acest caz, nu este necesară dovada unei înțelegeri frauduloase și nici o disproporție vădită a prețului, fiind necesar numai ca prin tranzacția anulată să fi existat o prejudiciere a creditorilor, să existe o poziție dominantă și actul să fi fost încheiat în perioada suspectă.

8.7. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. f)

57. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. f) [art. 80 alin. (2). lit. f) din Legea nr. 85/2006]] sunt cele încheiate cu un coproprietar sau proprietar devălmaș asupra unui bun comun. Este vorba despre un act care prejudiciază interesele creditorilor și este încheiat între debitor și o altă persoană asupra unui bun deținut în comun. Spre exemplu, dacă debitorul încheie un act fraudulos, prejudiciind creditorii prin diminuarea masei credale, cu o persoană juridică sau fizică cu privire la un teren deținut în coproprietate. De asemenea, va putea fi atacată tranzacția judiciară, chiar dacă este consfințită de un judecător, deoarece aceasta este un contract ce poate fi anulat^[2].

Este cazul operațiunilor încheiate între debitor și cel cu care este coproprietar sau proprietar devălmaș, asupra bunului pe care îl dețin în comun. Este de presupus că debitorul *profită* de relația cu coproprietarul pentru a transmite acestuia cota sa, înlăturând-o de la urmărirea creditorilor, despre scopul urmărit putând avea sau nu cunoștință și coproprietarul^[3].

Totuși, când debitorul nu a încheiat actul în nume propriu, ci împreună cu toți coindivizarii, s-a considerat că acțiunea nu poate fi primită, nefiind un act personal al acestuia^[4].

^[1] Trib. Com Mureș, sent. nr. 1194/2009, <http://www.studiijuridice.ro/>.

^[2] *Ibidem*.

^[3] A. Avram, op. cit., p. 192.

^[4] C.A. Aix-en-Provence, 22 janv. 1999, Juris-Data nr. 042768, Rev. proc. coll. 2004. 384, obs. G. Blanc. Vezi, de asemenea, ezitarea Curții de Casație în situații în care debitorul nu a încheiat personal actul Cass. com. 30 nov. 1993, Bull. civ. IV, nr. 433, JCP 1994. I. 3759, nr. 8, obs. Ph. Pétel, RTD com. 1994. 368, obs. A. Martin-Serf; 21 nov. 1995, RJDA 1996, nr. 554.

8.8. Actele prevăzute de art. 117 alin. (4) lit. g)

58. Aceste acte sunt cele încheiate cu soțul, rudele sau afinii până la gradul al patrulea inclusiv, ai persoanelor fizice enumerate la lit. a)-f), prevăzute în cuprinsul art. 117 alin. (4) lit. g). Noua prevedere, de neregăsit în reglementările anterioare, este fundamentată pe *legătura dintre persoanele din familie*, presupusa folosire nepermisă a poziției deținute în societate și a informațiilor obținute în această calitate, referitor la posibilitatea de a se deschide procedura de către cocontractantul debitorului, în scopul obținerii unui folos care nu se cuvenea și de a sustrage bunul urmăririi creditorilor sau de a crea un anumit folos categoriilor vizate. Ca și în celelalte cazuri prevăzute la lit. a)-f), trebuie îndeplinite cumulativ și condițiile privind efectuarea operațiunii în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, precum și dovada efectelor produse în dauna creditorilor prin operațiunea respectivă.

Este unul dintre cazurile întâlnite des în practică, iar astfel de situații au fost încadrate cu succes, și în varianta anterioară a legii, în diferitele ipoteze deja reglementate. Totuși, constituirea unei categorii distincte, în privința soțului și rudelor, în general, facilitează sarcina probatorie prin instituirea unei prezumții, alături de care se pot administra și alte dovezi.

Dacă plata este făcută unui apropiat al debitorului, această calitate, adăugată caracterului manifest al fraudei debitorului relevat de natura actului, permite deducerea faptului că terțul avea cunoștință de dreptul creditorului și de dificultățile financiare ale debitorului. Astfel, plata unei datorii neexigibile făcute unui creditor, care se întâmplă să fie un membru al familiei sale, ne permite să prezumăm cunoașterea caracterului fraudulos al actului din partea acestuia din urmă. Dacă, în schimb, plata este făcută unui creditor care nu este legat personal de debitor, trebuie dovedit că acest creditor avea cunoștință despre existența altor datorii ale debitorului său, precum și de dificultățile sale financiare iminente sau actuale. La fel s-ar întâmpla în cazul constituirii unei garanții. Aceste acte, în cazul în care sunt încheiate în favoarea unor alte persoane decât rudele debitorului, necesită, astfel, proba pozitivă a participării lor frauduloase.

Actele prin care un debitor consimte să constituie unui terț un drept care face imposibilă realizarea dreptului creditorului dovedesc, de asemenea, fraudă debitorului, dar, în cazul în care sunt încheiate cu un apropiat al debitorului, este și mai ușor de prezumat că fiul sau soțul debitorului avea cunoștință de existența promisiunii unilaterale de vânzare sau de închiriere pe care o împiedică.

În toate aceste ipoteze, fără îndoială că nu trebuie să facem din calitatea terțului un element ce permite instituirea unei prezumții irefragabile de fraudă din partea sa. Însă, aceasta devine suficientă prezumția fraudei și transferării către acesta a sarcinii probei contrare.

Secțiunea a 4-a. Modul de funcționare a acțiunilor în anularea actelor frauduloase

§1. Relația debitor falit – terț dobânditor

59. Esențial este faptul că raportul juridic creat direct între debitorul insolvent și terțul său contractant este lovit de o *prezumție relativă de fraudă* din partea debitorului, prezumție menținută prin dispozițiile art. 122 alin. (3) din Codul insolvenței: „În

privața actelor și operațiunilor prevăzute la art. 117 alin. (2) se instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor”.

Deși referința de trimitere se face, în cadrul acestui text normativ, doar la dispozițiile art. 117 alin. (2), adică la *acțiunile revocatorii obiective* (astfel cum opinăm în cadrul Secțiunii a 2-a de mai sus), considerăm că ea trebuie aplicată, *ratio legis*, și la dispozițiile art. 117 alin. (4), adică la *acțiunile revocatorii subiective*.

Prezumția de fraudă poate fi răsturnată în două situații, existente și sub imperiul vechii reglementări:

- executarea unor acte sau acorduri în procedurile de prevenire a insolvenței – art. 117 alin. (3) din Codul insolvenței;
- acte de constituire sau de transfer efectuate de debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente – art. 119 din Codul insolvenței.

§2. Relația debitor falit – terț dobânditor – subdobânditor

60. În cazul în care terțul dobânditor a înstrăinat mai departe bunul către un subdobânditor, prezumția de fraudă nu mai funcționează, ca regulă. Deși prevederile art. 122 alin. (3) din noul Cod al insolvenței („În privința actelor și operațiunilor prevăzute la art. 117 alin. (2) se instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor”) nu au reluat prevederile corelative ale art. 85 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 („Dacă sunt îndeplinite condițiile art. 79 și 80, se instituie o prezumție relativă de fraudă în dauna creditorilor. *Prezumția poate fi răsturnată de către debitor. Ea nu se extinde la terțul dobânditor sau subdobânditor*”), credem că explicația este următoarea:

– în privința exprimării „Prezumția poate fi răsturnată de debitor”, aceasta a fost eliminată întrucât părea redundantă: prezumția fiind relativă, era evident faptul că poate fi răsturnată de către cel în defavoarea căreia opera;

– în privința exprimării „Ea nu se extinde la terțul dobânditor sau subdobânditor”, aceasta a fost eliminată pentru același considerent, întrucât orice excepție este de strictă interpretare și aplicare, ca atare nu poate fi extinsă prin analogie. Prezumția de fraudă fiind o excepție de la dreptul comun al probatoriilor (*onus probandi incumbit actor*), era evident faptul că o astfel de excepție nu poate fi extinsă la subdobânditor.

Condițiile în care funcționează, totuși, o prezumție în defavoarea subdobânditorului, aceasta având același caracter relativ (*iuris tantum*), este aceea a situației de soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului, prezumția funcționând strict în sensul cunoașterii împrejurării că primul transfer (cel dintre debitor și terțul dobânditor) era anulabil. În orice caz, pentru anularea transferului dintre terțul dobânditor și subdobânditor, trebuie îndeplinite *cumulativ* două condiții:

- subdobânditorul să nu fi plătit valoarea corespunzătoare a bunului, și
- subdobânditorul să fi cunoscut sau să fi trebuit să cunoască faptul că transferul inițial era susceptibil de a fi anulat.

Ca atare, se observă faptul că, fie și în ipoteza în care subdobânditorul, în calitate de soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului, este prezumat a îndeplini una dintre condițiile de anulare a transferului, dacă cea de-a doua condiție nu este îndeplinită (în sensul plății unei valori corespunzătoare a bunului), transferul nu este anulabil.

Secțiunea a 5-a. Noutățile introduse prin Codul insolvenței la nivelul instituției acțiunilor în anularea actelor frauduloase

§1. Efectul reversibil al defavorizării creanțelor prin planul de reorganizare. Sumele obținute din admiterea acțiunilor revocatorii se distribuie creditorilor

61. Sub imperiul Legii nr. 85/2006, debitorul obținea efectul *descărcării de obligații*, cu efect imediat și ireversibil, chiar de la momentul confirmării planului de reorganizare, raportat la toate creanțele diminuate/eliminate, în tot sau în parte.

Pe de altă parte, *interesul* este elementul determinant, *sine qua non*, al oricărei acțiuni judiciare, iar acțiunea revocatorie falimentară nu poate face excepție de la această regulă. În acest caz, interesul era acela al readucerii în avere a debitorului a unor bunuri sau valori pentru a îndești creanțele existente. În consecință, acțiunea revocatorie falimentară era relaționată și tributară elementului prejudiciu.

Situația premisă era următoarea: ca efect al aplicării unui *hair-cut* (defavorizare spre zero) printr-un plan de reorganizare confirmat, creanțele aferente categoriei creditorilor chirografari fuseseră eliminate, în schimb existau suspiciuni justificate în ceea ce privește caracterul fraudulos al unor transferuri patrimoniale anterioare care, dacă ar fi fost readuse la masa credală, ar fi condus la îndești în categoria defavorizată spre zero, adică categoria eliminată de la plată.

În favoarea soluției în sensul că o astfel de acțiune revocatorie falimentară era lipsită de interes, au fost aduse următoarele argumente:

- interesul este reprezentat de existența, *de plano*, a unei mase credale neîndeștate;
- *hair-cut*-ul aferent unui plan de reorganizare confirmat este echivalentul unei remiteri de datorie, cu efect ireversibil, chiar dacă planul de reorganizare eșua. Urmare a defavorizării spre zero, ca efect al aplicării dispozițiilor art. 102 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, masa credală era reprezentată de creanțele menținute, față de care existau resursele necesare plății, prin plan: „Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător; creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan”.

- în lipsa unor creanțe „active”, acțiunile revocatorii falimentare erau lipsite de elementul prejudiciu, adică de acea „daună a creditorilor” la care trimiteau dispozițiile art. 79 din Legea nr. 85/2006;

- dacă creditorii masei credale erau îndești, deci creanțele acoperite, beneficiile patrimoniale ale unei eventuale acțiuni revocatorii s-ar fi reversat în cele din urmă în categoria creanțelor subordonate, deci a creanțelor aparținând acționarilor. Or, ar fi fost injust și inechitabil ca o astfel de acțiune, de esența ei sancționatorie față de o anumită categorie de participanți în procedura de insolvență, să reflecte beneficii patrimoniale tocmai către acești participanți^[1]. Tocmai de aceea, în această privință, Codul insolvenței a schimbat optica în privința momentului final la care operează *descărcarea de obligații prin planul de reorganizare confirmat*, acesta fiind cel al *reușitei planului*. În caz de eșec al planului de reorganizare, orice eliminări sau, după caz, diminuări de creanță, revin în

^[1] O astfel de soluție, de respingere a unei acțiuni revocatorii ca lipsită de interes, a fost pronunțată de C.A. București, s. a VI-a civ., dec. nr. 588 din 14 martie.

poziția inițială, lăsând valorificările în faliment să decidă cu cât anume se pot îndești toate creanțele. Cu alte cuvinte, efectul „descărcării” este unul condițional, condiția fiind îndeplinită și pasivul eliminat fiind irevocabil „remis de datorie”, abia la momentul succesului planului de reorganizare.

Or, pe acest nou tărâm, acțiunea revocatorie falimentară dobândește deplin interes să fie exercitată și în condițiile unei reorganizări, în acest sens dispozițiile corelative ale Codului insolvenței fiind următoarele: art. 140 alin. (1) – ultima frază: „În cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului, scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare” și art. 140 alin. (2): „Dacă după confirmarea planului de reorganizare se vor recupera sume suplimentare din acțiuni introduse în temeiul art. 117 (acțiunile revocatorii falimentare – *n.n.*), acestea se vor distribui în modul prevăzut de art. 163”.

Se observă că dispozițiile art. 163, la care trimit cele ale art. 140 alin. (2) prevăd regulile de distribuție generale, aplicabile în materie de lichidare, adică: *pro rata*, în cadrul aceleiași categorii, iar apoi în categoria inferioară, numai după deplina acoperire a creanțelor din categoria superioară.

§2. Modificări ale întinderii perioadei suspecte

2.1. Restrângerea perioadei suspecte generale

62. Prin *perioadă suspectă generală* se înțelege perioada maximală în care se pot anula acte sau operațiuni anterioare deschiderii procedurii de insolvență. Această perioadă generală a fost restrânsă de la 3 ani la 2 ani. Rațiunea avută în vedere se bazează pe necesitatea de a crea o perioadă rezonabilă de timp în care actele sau operațiunile falitului ar putea fi anulate, și în care se generează astfel, corelativ, o stare de incertitudine participanților de *bună-credință* la circuitul comercial. Situația se referă la cazul în care cocontractantul este de bună-credință, necunoscând faptul că, prin operațiunea efectuată, debitorul fraudează creditorii, însă această bună-credință nu este de natură a-l proteja întotdeauna împotriva anulării transferului în sine. Uneori, indiferent de buna sau reaua-credință a acestui cocontractant, transferul în sine este potențial anulabil, dacă debitorul nu răstoarnă prezumția de fraudă care funcționează împotriva sa. Rămâne de subliniat, în aceste condiții, riscul pe care și-l asumă un cumpărător de bună-credință la momentul la care contractează cu un vânzător insolvent sau care se confruntă cu o insolvență iminentă. Tocmai de aceea s-a considerat că o scurtare a perioadei suspecte generale consolidează raporturile juridice derulate între un debitor ajuns în stare de insolvență și partenerii săi contractuali, pentru siguranța și stabilitatea circuitului juridic civil.

2.2. Extinderea perioadei suspecte speciale

63. Prin *perioadă suspectă specială* se înțelege perioada minimală, anterioară deschiderii procedurii, în care anumite acte și operațiuni pot fi anulate. Perioada suspectă specială este aplicabilă: transferurilor dezechilibrate, transferurilor preferențiale, constituțiilor de garanții preferențiale și plăților preferențiale către un creditor. Această perioadă suspectă specială a fost extinsă de la 120 de zile la 6 luni. Rațiunea avută în vedere este de a preveni situațiile în care debitorul, în concurs cu partenerul contractual

sau cu creditorul astfel „preferat”, așteaptă expirarea termenului, urmând a paraliza, prin invocarea prescripției, efectul promovării acțiunilor revocatorii.

Este, totuși de menționat și faptul că o astfel de extindere a termenului, deși în mod evident benefică conform scopului urmărit, poate fi invocată și prin intermediul unei alte instituții. Este vorba despre dispozițiile art. 122 alin. (4) din Codul insolvenței (care reiau dispozițiile identice ale art. 85 alin. (4) din Legea nr. 64/1995), care statuează astfel: „Prezumția de fraudă se păstrează și în cazul în care, prin abuz de drepturi procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele la care se referă art. 117”.

Această dispoziție legală funcționează ca o extindere specială a termenului aferent atât perioadei suspecte generale, cât și celei speciale, având efectul sancționării unui abuz de drept procesual.

§3. Calitatea procesuală a creditorului majoritar în formularea acțiunilor revocatorii falimentare

64. Dispozițiile nou introduse prin art. 118 alin. (3) din Codul insolvenței sunt următoarele: „Poate introduce această acțiune, în aceleași condiții, creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală”. Astfel, pe lângă practiciana în insolvență și, în anumite condiții, comitetul creditorilor, iată că și creditorul majoritar, care deține peste 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, dobândește calitate procesuală activă în astfel de acțiuni. Și este logic să fie astfel, de vreme ce și în materia atragerii răspunderii personale acest creditor majoritar deține calitate procesuală activă. Raportul de relaționare dintre acțiunile revocatorii și instituția răspunderii personale a generat, cu necesitate, o astfel de uniformizare legislativă.

Cu alte cuvinte, care ar fi fost motivația pentru care acest creditor majoritar, sesizând existența unor transferuri frauduloase, ar fi trebuit să aștepte momentul analizei răspunderii personale pentru a acționa, mai ales ținând cont de faptul că răspunderea este direcționată spre patrimoniul persoanei responsabile, în timp ce acțiunile revocatorii vizează patrimoniul unui terț.

Textul normativ care constituie în prezent sediul materiei pentru legitimarea procesuală activă în astfel de acțiuni este art. 122 alin. (5) din Codul insolvenței: „Legitimarea procesuală activă în acțiunile în anulare prevăzute la art. 117 aparține administratorului judiciar/lichidatorului judiciar, în cazul prevăzut la art. 118 alin. (2), comitetului creditorilor, iar în cazul prevăzut de art. 118 alin. (3), creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală”. Prin corelare cu dispozițiile art. 117 alin. (1), 118 alin. (2) și (3), rezultă în mod clar regulile aplicabile în ceea ce privește *calitatea procesuală activă în acțiunile revocatorii falimentare*, astfel:

- practiciana în insolvență deține legitimare procesuală activă generală pentru astfel de acțiuni;

- dacă și numai dacă practiciana în insolvență nu introduce astfel de acțiuni, dobândește legitimare procesuală activă comitetul creditorilor;

- dacă și numai dacă (i) nici practiciana în insolvență nu înțelege să introducă astfel de acțiuni, și (ii) nici comitetul creditorilor nu o face, dobândește legitimare procesuală activă creditorul majoritar.

Pentru argumentul de interpretare *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, se înțelege că termenul de prescripție aferent exercitării acestor acțiuni este același, indiferent de subiectul de drept care exercită astfel de acțiuni.

§4. Regimul restituirii, quantumul despăgubirilor și ordinea de prioritate a terțului dobânditor

4.1. Regimul restituirii

65. Indiferent de buna sau reaua sa credință, terțul dobânditor într-un transfer anulat restituie, la fel cum se întâmpla și potrivit prevederilor art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, bunul transferat sau valoarea acestuia de la data transferului. Noutatea adusă prin prevederile art. 120 alin. (1) din Codul insolvenței constă în nominalizarea unei alte situații în care terțul dobânditor restituie valoarea bunului de la data transferului (pe lângă cea a inexistenței bunului), și anume situația în care „există impedimente de orice natură pentru preluarea acestuia de către debitor”. Suplimentarea textului are în vedere situația în care, la o analiză economică, ținând cont de posibilele circumstanțe care pot caracteriza acel bun, corelativ și cu poziționarea creanței terțului dobânditor de bună-credință, este mai benefică pentru debitor restituirea valorii bunului de la data transferului.

De asemenea, un alt element de noutate este și faptul că, în ipoteza restituirii, repunerea în situația inițială va fi efectuată inclusiv prin renașterea și reînscrierea sarcinilor existente la data transferului. Situația avută în vedere vizează protecția beneficiarilor unor cauze de preferință, existente la momentul transferului dintre debitor și terțul dobânditor, și care fuseseră stinse tocmai în virtutea transferului în sine. Efectul în sine este unul uniform, ținând de o restituire *in integrum*, sub toate aspectele care coexistau la momentul transferului.

4.2. Quantumul despăgubirilor și ordinea de prioritate a terțului de bună-credință

66. Conform prevederilor art. 83 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, quantumul despăgubirilor terțului de bună-credință era reprezentat de „o creanță de aceeași valoare”, fără a fi stabilită expres o ordine de prioritate în recuperarea acesteia. A existat o practică judiciară care a conturat o astfel de ordine de prioritate sub regimul unei creanțe curente, justificată, de altfel, tocmai din perspectiva protecției bunei-credințe care, deși nu putea duce la evitarea anulării transferului, trebuia să confere măcar *vocația* unei îndestulări echitabile.

Noile dispoziții ale art. 120 alin. (2) din Codul insolvenței stabilesc următoarele reguli în această materie:

- creanța reprezentând despăgubiri este egală cu prețul plătit, la care se poate adăuga, cel mult, sporul de valoare a bunului, determinat de eventualele investiții, dacă există;
- ordinea de prioritate este aceea a unei creanțe curente, ca atare titularul acesteia nu suportă concursul creanțelor născute anterior deschiderii procedurii, ceea ce reprezintă o modalitate justă de protecție a bunei-credințe. Acest regim juridic nou

creat trebuie coroborat și cu noile reglementări aduse creanțelor curente, în sensul obligativității plății acestora în termen de 60 de zile, sub sancțiunea intrării în faliment;

- conform principiului disponibilității, înscrierea în tabelul corespunzător de creanțe trebuie solicitată de terțul dobânditor, însă numai în ipoteza în care restituie bunul sau valoarea acestuia de bunăvoie sau pe calea unei tranzacții;

- în caz contrar, creanța respectivă va putea fi pretinsă numai pe calea unei cereri reconvenționale formulate în cadrul acțiunii revocatorii intentate împotriva sa.

Trebuie remarcat faptul că, raportat la noile criterii în baza cărora se naște creanța terțului de bună-credință, precum și la regimul preferențial de îndeostulare, oricare dintre subiecții cărora legea le conferă legitimare procesuală activă în formularea acestor acțiuni revocatorii, trebuie să efectueze o atentă analiză economică. Justificarea rezidă în faptul că, raportat la poziția de bună-credință a terțului și la situația de fapt a bunului la momentul eventualei introduceri a acțiunii, averea debitorului ar putea să nu înregistreze un câștig, ci o pierdere.

4.3. Quantumul despăgubirilor și ordinea de prioritate a terțului de rea-credință

67. În primul rând, trebuie subliniat faptul că textul art. 120 alin. (2) fraza finală din Codul insolvenței reiterează prevederile art. 83 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, în sensul că reaua-credință a terțului trebuie dovedită. În al doilea rând, elementele de nou-tate pe care le aduce noul Cod al insolvenței față de poziția terțului de rea-credință sunt următoarele:

- creanța nu se mai pierde, ci reprezintă echivalentul prețului plătit;
- această creanță capătă și o ordine de distribuție, este adevărat una evident defavorabilă, în cadrul creanțelor subordonate (pe aceeași linie de prioritate cu creditele acordate persoanei juridice debitoare de către un asociat sau acționar deținând cel puțin 10% din capitalul social, dar înaintea creanțelor izvorând din actele cu titlu gratuit). Raportat la realitățile practice ale procedurilor de insolvență, modificarea adusă nu este una de substanță, pentru că șansele de îndeostulare efectivă a unor astfel de creanțe sunt în continuare extrem de reduse. Cu alte cuvinte, efectivitatea sancțiunii aplicate relei-credințe a terțului rămâne aceeași, nuanța introdusă fiind mai mult una de ordin formal, necesară însă la nivelul unei analize în echitate.

§5. Quantumul despăgubirilor și poziționarea subdobânditorului de rea-credință

68. Facem de la început precizarea că, potrivit logicii interne a funcționării mecanismului revocatoriei falimentare, subdobânditorul nu poate fi niciodată de bună-credință, pentru că, *ex lege*, transferul se anulează în ceea ce-l privește *dacă și numai dacă este de rea-credință (tertium non datur)*. Numai terțul dobânditor se poate afla în poziția bunei-credințe, iar transferul să fie totuși anulat, pentru toate considerentele expuse mai sus. Și în acest caz, s-a considerat că sancțiunea aplicată subdobânditorului de rea-credință, și anume pierderea totală a dreptului de creanță, deși era corolarul constatării unei *fraude*, era prea drastică.

Ca atare, cuantumul creanței subdobânditorului de rea credință este reprezentat exclusiv de sporul de valoare determinat de investițiile efectuate, ordinea de prioritate fiind aceeași cu cea a terțului de rea-credință, cu șanse extrem de reduse de îndestulare.

§6. Alte modificări care vizează obligativitatea „transparenței procedurale” a debitorului, în privința listei vizând actele și operațiunile aferente perioadei suspecte

69. Modificarea termenelor aferente perioadei suspecte speciale se regăsesc și au impact și în cadrul altor dispoziții relevante din Codul insolvenței, referitoare la:

- actele care trebuie depuse de către debitor pentru deschiderea voluntară a procedurii de insolvență – art. 67 alin. (1) lit. d);

- sancțiunea respingerii cererii voluntare de deschidere a procedurii de către debitor pentru nedepunerea „*listei cuprinzând plățile și transferurile patrimoniale efectuate (...) în cele 6 luni anterioare înregistrării cererii introductive*” – art. 67 alin. (2);

- sancțiunea ridicării dreptului de administrare în ipoteza în care debitorul nu depune, la cererea practicianului în insolvență sau a creditorului deținând cel puțin 20% din masa credală, lista transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii – art. 82 alin. (1).

§7. Caracterul prioritar și exclusiv al acțiunilor revocatorii falimentare raportat la acțiunea pauliană de drept comun

70. În practica judiciară s-a ridicat problema posibilității exercitării de către un creditor a unei acțiuni pauliene de drept comun, în condițiile în care acest creditor deține această calitate într-o procedură de insolvență în curs. S-a considerat că vocația exercitării unei astfel de acțiuni pauliene este paralizată de procedura insolvenței, întrucât o astfel de acțiune se convertește, de la momentul deschiderii procedurii de insolvență, într-o acțiune revocatorie falimentară, cu toate condițiile și regimul juridic specific. Mai mult decât atât, caracterul concursual al unei proceduri de insolvență, caracter vizibil prin efectele unei acțiuni revocatorii falimentare admise, și anume beneficiul întregii masei credale, s-ar împotrivi exercitării pauliene de drept comun.

Nu este de ignorat nici caracterul specializat și exclusiv al probatoriilor care se derulează într-o procedură de insolvență, în privința caracterului fraudulos al transferurilor patrimoniale sau în privința momentului instalării stării de insolvență, elemente care se constituie într-un probatoriu distinct în cadrul acțiunii pauliene de drept comun. Posibilitatea exercitării în paralel a celor două acțiuni ar crea un dublaj în privința administrării acestor probatorii și, mai ales, în privința analizei concludenței și relevanței acestora.

În sens contrar, s-a considerat că nu i se poate nega dreptul unui creditor de a exercita în continuare o acțiune individuală împotriva actelor frauduloase ale debitorului, chiar dacă împotriva debitorului s-ar fi deschis procedura insolvenței, mai ales pentru faptul că acest creditor nu ar avea o calitate procesuală activă directă în cadrul acțiunilor revocatorii falimentare.

Modificarea adusă prin dispozițiile art. 122 alin. (7) din Codul insolvenței tranșează această dispută, statuând în sensul exclusivității tipului de acțiuni prin care se pot readuce în patrimoniul debitorului bunuri sau valori înstrăinate, în favoarea acțiunilor

revocatorii falimentare, exercitabile în competența judecătorului-sindic: „De la data deschiderii procedurii de insolvență, anularea unor acte încheiate de debitor în cei 2 ani anterior deschiderii procedurii de insolvență, pentru motivul fraudei în dauna creditorilor, se poate face exclusiv prin intermediul acțiunilor prevăzute la art. 117.”

Textul nou introdus vine să întărească, pe de o parte, caracterul concursual al procedurii, iar pe de altă parte, uniformizează regimul administrării și aprecierii probatoriilor în astfel de acțiuni, mai ales avându-se în vedere faptul că scopul și rațiunea ambelor acțiuni sunt aceleași, și anume reîntregirea averii debitorului.

De altfel, chiar în cazul *Deko Marty*, caz soluționat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene, se relevă prevalența caracterului concursualismului, calificat drept un principiu general al insolvenței, conform adagiului *par conditio creditorum*: „Diferența esențială dintre acțiunea pauliană de drept civil și acțiunea revocatorie formulată în cadrul procedurii de insolvență constă în efectele pe care le produce fiecare acțiune, întrucât relementările generale limitează aceste efecte la creditorii individuali care au introdus o acțiune, în timp ce normele de drept al insolvenței extind efectele asupra masei bunurilor, astfel încât toți creditorii trebuie să beneficieze de efectele respective^[1]”.

Rațiunea unei astfel de opțiuni legislative se regăsește, de altfel, și în comentariul Profesorului Mihail Pașcanu^[2]: „Perioada suspectă poate produce *numai revocări concursuale*, adică numai în profitul masei credale și necum în interesul individual al creditorilor, cari, cu asemenea calitate, nici nu pot interveni în acțiunile revocatorii intentate de către Sindic (V. Lyon-Caen-Renault, VII, p. 312)”.

§8. Posibila răspunderea a terțului dobânditor de rea-credință

71. În continuare vom analiza succint posibila răspunderea a terțului dobânditor de rea-credință pentru faptul că, participând la un astfel de transfer, a contribuit la starea de insolvență a debitorului. Conform dispozițiilor art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței, corelativul art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, subiecte ale răspunderii pot fi „și orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului”. Diferența față de formularea anterioară constă în înlocuirea termenului de „*au cauzat*” cu „*au contribuit*”. Astfel, a fost adoptată la nivelul răspunderii, în materia legăturii de cauzalitate, teoria sistemului *indivizibilității cauzei cu condițiile*. Astfel, acest sistem, recomandat de autori civilisti ca fiind o justă materializare a legăturii de cauzalitate^[3], susține faptul că „în stabilirea raportului causal trebuie să avem în vedere faptul că fenomenul cauză nu acționează izolat, singur, ci că desfășurarea lui este condiționată de anumiți factori care, fără a produce ei, direct, efectul păgubitor, favorizează totuși producerea acestui efect, înlesnind nașterea procesului causal, grăbind și favorizând dezvoltarea procesului sau agravându-i sau asigurându-i rezultatele negative”. Cu alte cuvinte, chiar dacă nu au determinat starea de insolvență, existența unor acte sau operațiuni frauduloase, la care

^[1] CJUE, Cazul *DekoMarty* – Cauza C – 339/07, hotărârea din data de 16 octombrie 2008, p. 6, §27.

^[2] Drept falimentar român, Ed. Cugetarea, București, 1926, p. 191.

^[3] A se vedea, în acest sens, C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil, Teoria generală a obligațiilor, Ed. All, București, 1994, p. 172. Acești autori vorbesc despre faptul că „pornindu-se de la aceste premise teoretice, în literatură a fost propusă noțiunea unitară de complex causal (sau relație causală complexă), aptă să explice atât acțiunea unitară a unor cauze de diferite tipuri (directe, indirecte, principale, secundare, concomitente, succesive), cât și acțiunea unitară a cauzelor și condițiilor în direcția producerii unui efect unic. Acest concept, bazat pe teza indivizibilității cauzei și condițiilor separat elementele care, în mod obiectiv, se integrează raportului causal (cauze și condiții cu rol causal) de acele elemente care nu au eficiență causală”.

terțul dobânditor a participat cu rea-credință, pot reprezenta o cauză de răspundere a acestuia.

Mai mult decât atât, există cazuri în practică în care terțul poate fi controlat, direct sau indirect, prin persoane interpușe, de către debitor. De multe ori, „producerea” unor transferuri concertate, apărute la limita față de care se poate întinde perioada suspectă, nu este deloc una întâmplătoare, ci face parte dintr-o strategie speculativă, față de care s-a asumat un risc al descoperii unei fraude.

§9. Consecințele acțiunilor revocatorii falimentare în materia răspunderii fostelor organe de conducere

72. În mod cert, admiterea unei acțiuni revocatorii falimentare determină posibilitatea formulării unei acțiuni în răspundere întemeiată pe fapta de *deturnare de active* [art. 169 alin. (1) lit. e) din Codul insolvenței] sau, după caz, plăți preferențiale față de anumiți creditori [art. 169 alin. (1) lit. g) din Codul insolvenței]. Mai mult decât atât, sediul materiei răspunderii personale a dobândit o nouă ipoteză în care această răspundere poate fi angajată, și anume: „orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului, constatată potrivit prevederilor prezentului titlu”.

Unul dintre elementele comune acestor două acțiuni îl reprezintă geneza, adică *cauza originară* care a stat la baza producerii ilicitului juridic. Ulterior succesului unei acțiuni revocatorii, un element de continuitate firească l-ar reprezenta *acțiunea în răspundere*, întrucât, dacă se poate accepta că un terț s-a putut afla în eroare când a acceptat să contracteze cu un falit, pentru falit buna-credință este exclusă, el fiind automat de rea-credință, întrucât transferul respectiv a fost anulat.

Secțiunea a 6-a. Acțiunile în anularea actelor frauduloase – între realitate și necesitate

73. În încercarea de a cuprinde cât mai multe ipostaze ale fraudei, în cadrul general al acțiunilor în anularea actelor sau a transferurilor frauduloase pot fi discutate situații care, deși nu sunt, în mod evident, încadrabile în cazurile prezentate de lege, ascund intenția debitorului de a goli patrimoniul sau, cel puțin, intenția indirectă de a prejudicia creditorii.

Putem aduce ca exemplu ipoteza unui debitor care renunță la o acțiune având ca obiect repararea unui prejudiciu. Chiar dacă există mai multe obstacole în calea admiterii acțiunii în anulare, ce concluzie s-ar putea trage dacă un debitor, pe punctul de a deveni insolubil, renunță la acțiune imediat după ce a fost somat să plătească? Apoi, actele prin care un debitor refuză să se îmbogățească, precum refuzul de a primi o donație, sunt, în mod tradițional, excluse din domeniul fraudei. Un astfel de act nu ar putea constitui izvorul unei acțiuni în anulare, dat fiind că el nu diminuează gajul creditorilor, ci îl împiedică numai să crească. De altfel, textul legii permite introducerea unei astfel de acțiuni, pentru acte și operațiuni îndeplinite de debitor, în perioada suspectă, lăsând domeniului comun inacțiunile.

Un alt aspect ce se impune a fi discutat este acela al *executărilor silite pornite în perioada suspectă*, împotriva debitorului. Deși se consideră că numai actele și operațiunile la care, în mod voluntar, a participat debitorul pot fi subiect al acțiunilor în anulare,

nu trebuie omise măsurile luate de partenerii de afaceri ori de către diferite instituții, față de un debitor, când observă existența unei cereri de deschidere a procedurii insolvenței. Practica a considerat că actele și operațiunile comerciale trebuie să fie încheiate de debitor prin exprimarea voinței și intenției, respectiv a consimțământului valabil, și să aibă drept rezultat diminuarea patrimoniului debitorului în dauna creditorilor și, ca urmare, nu ar putea forma obiect al acțiunii în anulare acele acte juridice prin care s-a diminuat patrimoniul debitorului, dacă acestea au fost încheiate de alte persoane abilitate de lege, cum ar fi executorul judecătoresc, în cadrul procedurii executării silite^[1].

Însă dificultatea în care se află un debitor determină declanșarea și accelerarea executărilor silite, se formulează cereri de instituire a măsurilor asigurătorii și devine notorie activitatea fiscoasă de a-și consolida poziția. S-au întâlnit și cazuri în care chiar debitorul a solicitat organelor fiscale să calculeze debitul și, dacă este cazul, să instituie măsuri asigurătorii, deși se afla pe rol o cerere de deschidere a procedurii insolvenței. Or, nu se poate omite, în analiza actelor ce reduc patrimoniul debitorului în perioada suspectă, a acestor categorii de acțiuni care conduc la satisfacerea unui creditor, în mod individual, în detrimentul procedurii concursuale sau, cel puțin, se produce o constituire a unui drept de preferință.

Și practica franceză a avut o perioadă în care nu accepta admisibilitatea unor acțiuni în anulare ce priveau actele de executare silită. Cu toate acestea, optica s-a schimbat, considerându-se, încă de la modificările aduse legii în 2005, că acestea pot fi anulate de acum înainte, dacă solicitantul dovedește că respectivul creditor cunoștea starea de sistare a plăților^[2].

Credem că o astfel de interpretare este mai potrivită scopului instituirii procedurii insolvenței și a perioadei suspecte, decât aprecierea restrictivă a posibilității ca un creditor care, știind despre demararea procedurii, să încalce ordinea de prioritate. În fond, constituirea unei garanții în această perioadă este asemănătoare cu cazul prevăzut în lit. e) din art. 117 alin. (2) din lege, care nici nu pare să necesite vreo implicare a debitorului.

De aceea, chiar dacă legiuitorul prezumă reaua-credință a debitorului în perioada suspectă, trebuie avută în vedere și posibilitatea constrângerii acestuia de a încheia acte defavorizante tocmai pentru că, în încercarea sa de a se redresa, *nu are altă alternativă*. În astfel de împrejurări, se disting acțiunile creditorilor care, în speranța de a-și consolida poziția și de a trece într-o categorie favorizată, nu fac decât să profite de pe urma situației create. De regulă, când procedura se deschide la cererea debitorului, perioada scurtă de la introducerea cererii până la soluționarea ei, nu permite, de regulă, realizarea unor astfel de operațiuni. Însă, odată cu o cerere a creditorilor, timpul scurs până la soluționarea acesteia nu face decât să angreneze ceilalți creditori într-o cursă contra cronometru în care fiecare tinde să realizeze cât mai mult. Aceste acte, îndeplinite în imediata anterioritate a pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii, pot fi ușor supuse analizei judecătorului-sindic, dacă se face dovada cunoașterii stării de dificultate financiară în care se găsea deja debitorul.

[1] C.A. București, s. a V-a com., dec. com. nr. 1165/2006, în B.J. nr. 2/2006, Ed. Brilliance, 2007.

[2] Cass. com 16 iunie 1998: D. aff 1998, 1272, obs. Lienhard; RTD com. 1999, 199, obs. Martin-Serf.

CAPITOLUL X. SITUAȚIA CONTRACTELOR ÎN CURS

Secțiunea 1. Considerente generale

1. Dreptul comun al contractelor și cel al insolvenței interacționează și se influențează reciproc, cu scopul unic al creării pârghiilor necesare salvării debitorului insolvent dar încă viabil, folosind în acest scop relațiile contractuale create de acesta înainte de momentul deschiderii procedurii.

Deschiderea procedurii insolvenței aduce însă modificări importante atât la nivelul legislației aplicabile, cât și în ceea ce privește modalitatea derulării raporturilor comerciale ulterior acestei date.

Regimul juridic, original, al continuării contractelor în curs după deschiderea procedurii insolvenței are drept finalitate crearea unor pârghii menite, pe de o parte, să întrerupă unele raporturi contractuale a căror execuție este prea oneroasă, inutilă sau neprofitabilă pentru debitor, iar pe de altă parte, să permită continuarea contractelor utile pentru redresarea debitorului. În ambele cazuri, principiile ce stau la baza deciziei practicianului în insolvență alterează semnificativ mecanismele dreptului comun al contractelor, totul în considerarea interesului întreprinderii debitoare și a acordării unei păsuiri în vederea exploatării tuturor șanselor acesteia de redresare.

Exercitarea opțiunii de continuare a contractelor lipsește de sancțiune unele neexecutări anterioare ale debitorului, în sensul că acestea nu pot constitui motive pentru contractant de a refuza prestațiile sau livrările solicitate de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar. Singura opțiune lăsată la dispoziția contractantului este de a-și declara creanțele neplătite la masa credală, urmând ca satisfacerea acestora să se realizeze în funcție de ordinea de prioritate la care acestea sunt înregistrate. Prin urmare, contractantul nu poate opune debitorului excepția de neexecutare pentru obligații patrimoniale datorate anterior deschiderii procedurii (și care vor forma obiectul unor cereri de admitere a creanței) și nici nu poate continua sau promova o acțiune în rezoluțiune sau reziliere bazată pe astfel de neexecutări din partea acestuia.

Pentru viitor, contractul în privința căruia a fost exercitată opțiunea de menținere va continua conform convenției părților, dreptului comun al contractelor și regimului legal specific fiecărui contract^[1].

Contractul beneficiază așadar de o protecție legală, ce decurge din chiar prezumția de menținere a contractelor consacrată atât de Legea nr. 85/2006, cât și de noul Cod al insolvenței. Protecția nu este însă absolută, ci supusă „cenzurii” practicianului în insolvență, sau, dacă acesta consideră necesar, analizei creditorilor reuniți în comitetul/adunarea creditorilor (sub aspectul oportunității) și în final aprecierii de legalitate a judecătorului-sindic.

Evoluția reglementării în materia contractelor în curs, de la forma inițială a Legii nr. 64/1995, la cea cuprinsă în Legea nr. 85/2006 și până la noul Cod al insolvenței, a fost de natură să atenueze efectele lacunelor legislative ce permiteau adoptarea unor

^[1] P. Petel, *Procédures collectives*, 6^e éd., ed. Dalloz, 2009, p. 124.

decizii arbitrare, potențial prejudiciabile pentru părțile implicate. Cu toate acestea, interesele divergente dintre acei parteneri (contractanți) ai debitorului care doresc de regulă (continuarea) finalizarea raporturilor juridice și creditorii acestuia care urmăresc în cele mai multe cazuri încetarea oricăror contracte și obținerea într-un timp cât mai scurt a unor sume cât mai mari la masa credală, fac dificilă misiunea practicianului în insolvență de găsire a unui *echilibru* menit să satisfacă cu precădere scopul procedurii, mai ales din perspectiva nuanțării acestuia sub imperiul Codului insolvenței [„(...) cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia”].

Sintetizând aceste paradoxuri ale procedurii insolvenței, profesorul I. Turcu arată că ne găsim în situația în care „contracte destinate să aibă o forță egală cu legea se sfărâmă cu ușurință incredibilă sau devin maleabile în interesul debitorului”^[1]; iar lipsa unei decizii comerciale corecte și legale din partea practicianului în insolvență poate conduce chiar la adâncirea dezechilibrului financiar al debitorului, în condițiile în care obligațiile asumate în numele debitorului după data deschiderii procedurii reprezintă creanțe curente, născute din continuarea procedurii sau chiar cheltuieli ale procedurii, ce urmează a fi plătite cu prioritate față de cele incluse în masa credală.

Secțiunea a 2-a. Principiul maximizării averii debitorului

2. *Contractul* devine, în procedura insolvenței, mai mult decât o legătură de drept între două persoane, acesta devine un bun, o valoare pusă în serviciul redresării debitorului. Procedura insolvenței aduce reguli derogatorii de la dreptul comun fie pentru a proteja contractul, fie pentru a-l desființa, dacă nu prezintă un *interes suficient* pentru redresarea debitorului sau dacă nu respectă cerința *utilității economice*. Preeminența interesului debitorului față de interesul particular al contractanților se justifică, așadar, prin obiectivele urmărite în procedura insolvenței, respectiv salvarea debitorului, menținerea activității și a angajaților, acoperirea pasivului. Protejând interesul societății debitoare, legea urmărește apărarea interesului general. Aceasta este rațiunea pentru care art. 123 din Codul insolvenței ridică la nivel de principiu continuarea contractelor debitorului insolvent, aflate în derulare la data deschiderii procedurii, permițând administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar să solicite contractantului executarea contractului, chiar împotriva voinței acestuia și în ciuda neexecuțiilor anterioare ale debitorului.

Prin urmare, soarta contractelor debitorului insolvent nu mai depinde atât de atitudinea contractantului, cât de protecția oferită de legiuitor contractului ca instrument juridic menit să confere debitorului care încearcă să se redreseze o ultimă șansă în acest sens. „Criteriul asumării, ca și al denunțării, este maximizarea valorii averii debitorului. Asumarea contractului presupune însă o impecabilă executare a obligațiilor debitorului pe viitor, iar denunțarea va genera obligația debitorului de a plăti daune interese. Este opțiunea, dar și asumarea răspunderii administratorului judiciar sau lichidatorului pentru eventualele consecințe”^[2].

Maximizarea averii debitorului este încadrată în categoria principiilor enumerate prin noua reglementare a art. 4 pct. 1 din Codul insolvenței, cu referire atât la valorificarea activelor, cât și la recuperarea creanțelor. Deși nu are un impact la fel de puternic asupra

^[1] I. Turcu, Falimentul. Noua procedură. Tratat, Ed. Lumina Lex București 2003, p. 323.

^[2] *Ibidem*.

întregii proceduri, putând fi văzut ca o modalitate de aducere la îndeplinire a principului maximizării valorii averii debitorului, apreciem că imperativul continuării de drept a contractelor aflate în derulare la momentul deschiderii procedurii poate fi ridicat la rang de principiu, justificat de generalitatea aplicării acestuia tuturor contractelor și în orice etapă a procedurii, dar și de consecințele puternice pe care le produce, prin supunerea voinței contractantului obiectivelor prioritare urmărite de procedură.

Secțiunea a 3-a. Dreptul de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar privind denunțarea contractelor în derulare

3. Dacă în Codul comercial român de la 1887 se regăseau puține dispoziții particulare cu privire la anumite relații contractuale, Legea nr. 64/1995 este cea care a introdus două instituții juridice noi, și anume „asumarea unor contracte” și „respingerea unor contracte”. Prin modificarea adusă acestei legi de O.U.G. nr. 58/1997, termenul de „asumare” a fost înlocuit cu cel de „menținere”, iar cel de „respingere” cu cel de „reziliere”, iar prin modificarea adusă de Legea nr. 99/1999, termenul de „reziliere” a fost înlocuit cu cel de „denunțare” a contractelor, terminologie păstrată și în Codul insolvenței.

Adoptarea unor decizii corecte și responsabile cu privire la soarta contractelor în curs încheiate de către debitorul insolvent anterior deschiderii procedurii poate reprezenta o sarcină dificilă, la îndeplinirea căreia este necesar să ia parte toți „actorii” din procedura insolvenței. Astfel, măsura practicianului în insolvență de menținere sau denunțare a contractelor poate fi cenzurată de comitetul sau de adunarea creditorilor ori poate fi desființată de judecătorul-sindic la cererea creditorilor, debitorului prin administratorul special sau a oricărei persoane interesate.

4. Din perspectiva regimului angajamentelor contractuale ale debitorului, principalul rol îl deține *practicianul în insolvență*, una dintre atribuțiile expres menționate în art. 58 lit. j), respectiv art. 64 lit. e) din Codul insolvenței fiind „denunțarea unor contracte încheiate de debitor”.

În ceea ce privește *administratorul special*, principala atribuție conferită acestuia este de administrare efectivă a debitorului în perioada în care dreptul de administrare al acestuia nu a fost ridicat, respectiv în *perioada de observație*. Administrarea activității debitorului în perioada dificilă ulterioară deschiderii procedurii presupune însă efectuarea unei analize complexe, referitoare atât la noile angajamente contractuale în care este necesar să fie angajat debitorul, cât și cu privire la oportunitatea continuării unora dintre contractele încheiate anterior deschiderii procedurii. Or, tocmai această analiză trebuie să stea la baza deciziei practicianului în insolvență în privința menținerii sau denunțării unor contracte. Dacă însă obiectivitatea și profesionalismul acestei analize sunt mai puțin îndoielnice în ipoteza în care administrarea firmei este asigurată de un manager de criză, nu același lucru se poate spune în situația în care fostul administrator statutar îndeplinește acest rol în procedură, caz în care analiza acestuia va trebui dublată printr-o verificare suplimentară realizată de practicianul în insolvență, pentru a evita tendințele de favorizare a unor contractanți în detrimentul atât a debitorului, cât și a masei credale.

Intervenția creditorilor cu privire la menținerea sau denunțarea unor contracte este realizată prin intermediul *comitetului creditorilor* și constă în adoptarea unor hotărâri

cu privire la soarta contractelor, în măsura în care, datorită consecințelor importante asupra patrimoniului debitorului, practicianul în insolvență apreciază că este necesară obținerea acordului acestui organism, anterior exercitării opțiunii.

În ceea ce privește *judecătorul-sindic*, principalele sale atribuții sunt cele menționate la art. 45 din Codul insolvenței, acestea limitându-se însă doar la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței, în condițiile în care atribuțiile manageriale aparțin practicianului în insolvență sau, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i-a fost ridicat dreptul de administrare. Conform dispozițiilor art. 5 pct. 28 lit. c) din Codul insolvenței, măsura denunțării unor contracte este obligatoriu a fi cuprinsă în raportul de activitate întocmit de practicianul în insolvență, întrucât noțiunea de „încetare a unor contracte la care debitorul este parte” trebuie interpretată în sensul includerii oricăreia dintre formele de încetare a unui contract, ca atare și al „denunțării”, ca formă specifică de încetare a acestuia în cadrul procedurii de insolvență. De asemenea, potrivit art. 59 din Codul insolvenței, depunerea acestui raport la dosarul cauzei și publicarea extrasului în BPI reprezintă momentul de la care măsura adoptată de administratorul judiciar sau lichidatorului judiciar devine publică pentru toți participanții la procedura insolvenței și poate fi contestată în cadrul termenului de 7 zile de la publicarea în BPI a extrasului, conform alin. (6) al aceluiași articol.

Competența soluționării contestației revine judecătorului-sindic, în termen de 15 zile de la înregistrarea acesteia, în camera de consiliu, cu citarea contestatorului, a administratorului judiciar și a comitetului creditorilor, putând, la cererea contestatorului, să suspende executarea măsurii contestate. Se pune însă problema dacă, odată investit cu soluționarea contestației împotriva deciziei de menținere sau denunțare a unui contract, sfera aprecierii judecătorului-sindic se va putea limita doar la verificarea strictă a legalității măsurii administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar sau va fi necesară și analiza *oportunității* adoptării respectivei măsuri. În asemenea situații, apreciem necesară consultarea de către judecătorul-sindic a comitetului creditorilor, obligația de citare a acestui organism în cauzele privind soluționarea contestațiilor împotriva măsurilor practicianului în insolvență fiind prevăzută expres în art. 59 alin. (7) din Codul insolvenței.

§1. Contractul în derulare – obiect al dreptului de opțiune

5. Obiectul dreptului de opțiune este contractul care, indiferent dacă este un contract cu executare succesivă sau cu executare dintr-o dată, nu a fost executat în integralitate sau substanțial de către toate părțile implicate. *Noțiunea de „contract în derulare”* a fost introdusă în textul art. 86 din Legea nr. 85/2006 (actualul art. 123 din Codul insolvenței) prin modificările și completările aduse de Legea nr. 277/2009, acordând administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar dreptul de opțiune cu privire la denunțarea acelor contracte în derulare care „nu au fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate”, respectiv nu și-au epuizat efectele esențiale până la deschiderea procedurii insolvenței. Se transpune astfel în legislația română conceptul de „contract în curs” utilizat în dreptul francez prin art. L. 622-13 din actualul Cod comercial francez și care statuează cu privire la dreptul administratorului judiciar de a solicita executarea contractelor în curs, furnizând totodată prestația promisă contractantului debitorului.

6. Pentru a ne găsi însă în prezența unui contract în derulare sau în curs este necesar ca acest contract, pe de o parte, să existe la data deschiderii procedurii, iar, pe de altă

parte, să fie în curs de executare. Contractul existent la data deschiderii procedurii este acel contract care a fost încheiat anterior acestei date și nu a încetat până la acest moment.

Condiția încheierii contractului anterior pronunțării hotărârii judecătorești privind deschiderea procedurii de insolvență nu comportă aparent dificultăți de interpretare, decât eventual în situații speciale, precum cea în care deschiderea procedurii găsește părțile în mijlocul unor negocieri nefinalizate încă printr-un acord ori cea în care contractul este încheiat în chiar ziua deschiderii procedurii.

În prima ipoteză, dacă negocierile purtate nu sunt materializate în vreun înscris menit să angajeze contractual părțile semnatare, în mod evident prevederile art. 123 și următoarele din Codul insolvenței nu sunt aplicabile. Desigur că, fiind în sfera dreptului civil, comanda urmată de executare valorează contract, însă, fiind în discuție aplicarea unor texte legale de strictă interpretare, în considerarea situației speciale în care se găsește debitorul, considerăm necesară existența unor înscrisuri doveditoare ale convenției părților.

Rămân în discuție însă situațiile intermediare ce rezultă din procesul de încheiere a contractului, respectiv eventualele angajamente asumate de părți constând îndeosebi în promisiuni unilaterale de a contracta (a vinde, a cumpăra, a închiria etc.). Doctrina franceză^[1] încearcă clarificarea acestui aspect arătând că, în toate cazurile în care există oferte de a contracta, trebuie să distingem după cum titularul ofertei este sau nu ținut să își mențină oferta; dacă acesta este îndreptățit în mod legitim să o retracteze și dacă procedează în acest sens în termenul stabilit convențional sau legal, nu există contract în curs, iar administratorul judiciar nu poate să își exercite dreptul de opțiune.

În schimb, dacă titularul ofertei nu poate să își retracteze liber oferta, dacă este ținut să mențină oferta un anumit interval de timp care se extinde după data deschiderii procedurii, administratorul judiciar va putea pretinde încheierea și executarea contractului care va avea caracterul unui contract în curs.

Cea de-a doua ipoteză comportă anumite dificultăți de interpretare. Astfel, opinăm că, față de expresia utilizată de legiuitor și anume „contract în derulare” trebuie ca, în afară de existența contractului anterior deschiderii procedurii, să existe o „derulare” a acestuia, o desfășurare a acțiunilor asumate de părți prin respectivul contract. Or, în ipoteza încheierii contractului chiar în ziua deschiderii procedurii, în majoritatea cazurilor nu numai că nu ne aflăm în prezența unei derulări efective a contractului, dar scopul pentru care acesta este încheiat este de cele mai multe ori fraudulos, motiv pentru care apreciem că acesta trebuie calificat drept contract încheiat ulterior deschiderii procedurii, fiind supus rigorilor și sancțiunilor prevăzute de art. 84 alin. (1) din Codul insolvenței.

7. În acest context, extinderea analizei și cu privire la contractele în curs de formare se impune cu necesitate, respectiv analizarea fazelor intermediare care stau la baza acordului de voință al părților. Contractul în curs de formare nu este contract în derulare sau în curs, în sensul legii. Formarea contractului nu este în principiu succesivă, aceasta având loc prin întâlnirea ofertei cu acceptarea acesteia. În unele situații însă, formarea contractului poate fi și succesivă, spre exemplu, în situația în care o amânare în vederea analizării mai aprofundate a termenilor contractului se impune. În perioada acestei amânări nu are loc formarea contractului, iar textul legal nu își găsește aplicarea. Dificultatea

^[1] F. Derrida, La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, în Les Petites Affiches nr. 133/1993, p. 5.

apare în cazul în care acceptarea ofertei poate fi retrasă; contractul este astfel format, însă, într-un interval de timp convenit de părți, acceptarea ofertei poate fi retrasă.

În ceea ce privește *promisiunea unilaterală de vânzare*, promitentul se angajează să transfere proprietatea asupra unui bun beneficiarului respectivei promisiuni, acordând acestuia din urmă un termen în care să își manifeste acceptarea. În intervalul cuprins între momentul încheierii promisiunii și momentul exercitării opțiunii de către beneficiarul promisiunii, promitentului îi este interzis să își înstrăineze bunul în favoarea unei alte persoane decât beneficiarul promisiunii. În cazul deschiderii procedurii insolvenței împotriva beneficiarului promisiunii, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar se pot substitui acestuia și pot solicita executarea promisiunii. Ce se întâmplă însă în situația în care nu beneficiarul promisiunii este în procedură de insolvență, ci vânzătorul-promitent? În această situație, apreciem că administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar nu poate uza de dreptul de opțiune prevăzut de art. 123 din Codul insolvenței, în condițiile în care nu există nicio pârgă legală pentru a forța beneficiarul promisiunii la încheierea vânzării. Acesta din urmă este așadar beneficiarul unei opțiuni proprii, lipsită de orice condiționare contractuală, o simplă facultate care, pentru a da naștere unui contract, trebuie manifestată într-un anumit interval de timp. Considerăm că singura modalitate de intervenție a practicianului în insolvență poate fi cea de a solicita modificarea termenului pentru exercitarea opțiunii, în cazul în care acesta este excesiv de extins raportat la obiectul vânzării și la celeritatea reclamată de procedura insolvenței, solicitând eventual ca manifestarea de voință să fie exprimată în termenul de 3 luni prevăzut de art. 123 alin. (1).

8. În ceea ce privește *încetarea contractului*, pentru a ne găsi în prezența unui contract în derulare este necesar ca niciuna dintre cauzele de încetare a contractului, stabilite legal sau convențional, să nu fi intervenit până la această dată. Împlinirea termenului pentru care contractul a fost încheiat ori rezolvirea sau rezilierea contractului înainte de data deschiderii procedurii exclud contractul de sub incidența prevederilor art. 123. Contractele definitiv desființate anterior deschiderii procedurii nu pot fi continuate de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, chiar dacă rezilierea a fost prejudicială pentru debitor.

Singura modalitate de salvare a unui contract afectat de clauza de rezoluțiune sau reziliere este renunțarea creditorului la beneficiul clauzei. O asemenea acțiune a creditorului ar fi posibilă în ipoteza în care neexecutarea debitorului anterioară deschiderii procedurii nu este semnificativă, iar prejudiciul suferit de creditor poate fi diminuat prin continuarea colaborării comerciale cu debitorul, sub girul procedurii insolvenței și al administratorului judiciar.

Cu toate acestea, o *acțiune în rezilierea contractului începută anterior deschiderii procedurii* poate continua după deschiderea procedurii, însă numai dacă aceasta nu are drept fundament neplata unei creanțe anterioare, ci se întemeiază, de exemplu, pe neexecutarea unei obligații de a face. În acest caz, se pune problema dacă administratorul judiciar se poate opune cererii de reziliere a contractului prevalându-se de regulile continuării contractelor sau trebuie să accepte consecințele unei acțiuni inițiată anterior deschiderii procedurii. Apreciem că față de prevederile imperative ale art. 123 din Codul insolvenței, atâta timp cât acțiunea în rezoluțiune sau rezilierea contractului nu s-a finalizat printr-o hotărâre executorie, din perspectiva legii insolvenței contractul trebuie

considerat ca fiind în derulare, practicianul în insolvență având dreptul de a-și exprima opțiunea intervenind în dosarul cauzei.

9. O situație aparte poate fi întâlnită în cazul *contractului suspendat la data deschiderii procedurii*. Suspendarea efectelor unui contract are drept cauză, de regulă, imposibilitatea temporară de executare pentru o perioadă determinată, în care părțile sunt „scutite” de îndeplinirea obligațiilor asumate prin contract. Suspendarea poate interveni urmare a aplicării prevederilor unui act normativ sau poate reprezenta materializarea voinței părților (cuprinsă într-un înscris asumat de toate părțile contractante), ca o consecință a incidenței unui caz de forță majoră care amână, pe parcursul producerii acestuia, executarea obligațiilor contractuale, ori ca urmare a neexecutării obligațiilor de către una dintre părți.

Codul civil român reglementează suspendarea efectelor contractului pentru imposibilitatea fortuită temporară de executare datorită forței majore, cazului fortuit sau a altor evenimente asimilate acestora. Astfel, art. 1634 alin. (3) dispune că, în acest caz, executarea obligației se suspendă pentru un termen rezonabil, apreciat în funcție de durata și urmările evenimentului care a provocat imposibilitatea de executare.

În acest context, se pune întrebarea dacă acele contracte care sunt încheiate anterior deschiderii procedurii, dar care sunt suspendate la data deschiderii procedurii întră sau nu sub incidența dreptului de opțiune al administratorului judiciar sau al lichidatorului judiciar, respectiv dacă un contract suspendat este sau nu un contract în derulare?

Distincțiile au fost făcute^[1] raportat la *cauza* de suspendare. În cazul forței majore, aceasta face executarea contractului absolut imposibilă, amenințând astfel calificarea contractului ca fiind în curs. Totuși, acest eveniment are, prin natura lui, un caracter temporar, imposibilitatea definitivă de executare antrenând încetarea imediată a contractului. Administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar vor avea astfel opțiunea fie să solicite continuarea contractului, anticipând dispariția ulterioară a impedimentului cauzat de forța majoră, fie să aștepte ca executarea contractului să devină din nou posibilă, pentru a solicita continuarea acestuia.

10. În cazul *suspendării forțate a executării contractului* datorită nerespectării de către debitor a obligațiilor contractuale patrimoniale ce formează obiectul înscrierii la masa credală, odată deschisă procedura insolvenței, contractantul nu se poate prevala de aceste vicii de executare pentru a se opune exercitării dreptului de opțiune din partea administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar.

Aceste soluții asigură debitorului menținerea relațiilor sale contractuale în perioada de observație, conservând totodată șansele sale de reorganizare. Pe de altă parte, funcția (rolul) suspendării este tocmai acela de a prezerva contractul până la dispariția evenimentului incompatibil cu executarea sa. În lumina acestei interpretări, considerăm că existența unei cauze de suspendare la data deschiderii procedurii nu este de natură să excludă contractul din sfera aplicării prevederilor art. 123 din Codul insolvenței, administratorul judiciar sau lichidatorul având astfel posibilitatea legală de a se pronunța asupra oportunității menținerii sau denunțării acestuia.

^[1] M.H. Monserie, Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, Litec, 1994, p. 152.

§2. Titularul dreptului de opțiune

11. Dreptul de apreciere asupra îndeplinirii condițiilor art. 123 din Codul insolvenței, respectiv, pe de o parte, dacă ne găsim în prezența unor contracte în derulare ori dacă aceste contracte au fost sau nu executate în totalitate sau substanțial, iar pe de altă parte, dacă acestea servesc sau nu maximizării averii debitorului, revine în întregime administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar. Decizia acestuia are o importanță deosebită nu doar pentru compania în dificultate, ci, în mod egal, pentru contractanții care ajung în situația de a se vedea legați de o convenție pe care nu doresc să o continue. Aceasta explică, pe de o parte, un regim de responsabilitate ridicat, iar pe de altă parte o obligație de vigilență pe care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar trebuie să o manifeste pe întreaga perioadă de derulare a contractului continuat.

Față de impactul exercitării dreptului de opțiune atât asupra soartei debitorului, cât și a contractantului său, apreciem ca fiind benefică instituirea prin art. 123 alin. (2) din Codul insolvenței a obligației stabilite în sarcina practicianului în insolvență de *informare trimestrială prin intermediul rapoartelor de activitate dacă debitorul dispune de fondurile bănești necesare achitării contravalorii bunurilor sau prestațiilor furnizate de contractant*.

Fără a avea forța „obligației de vigilență” reglementată de dreptul francez, care atribuie practicianului în insolvență o responsabilitate personală cu privire la achitarea către contractanți a creanțelor curente născute în temeiul unor contracte continuate forțat, considerăm că obligația de informare reglementată de alin. (2) al art. 123 este de natură să constituie un prim mijloc de responsabilizare a practicianului cu privire la deciziile adoptate și de urmărire a consecințelor acestora pe parcursul procedurii.

§3. Momentul procedural al exercitării opțiunii

12. Sub imperiul Legii nr. 85/2006, momentul exercitării dreptului de opțiune se situa, de regulă, în *perioada de observație* în care, odată investit de instanță, administratorul judiciar se găsea în fața unor decizii importante cu privire la soarta contractelor.

Practica a demonstrat însă că sunt numeroase cazurile în care anumite contracte sunt „lăsate în nelucrare” la deschiderea procedurii, de multe ori administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar neavând cunoștință despre existența lor pentru o bună perioadă de timp după deschiderea procedurii. Pasivitatea contractantului și absența unor informații complete la dispoziția practicianului în insolvență pot conduce la situația în care contractele subzistă după deschiderea procedurii, fără însă ca nimeni să solicite să nu mai fie exercitate

Cu toate acestea, în absența unor limitări temporale și în condițiile unor perioade de observație extinse pe perioade chiar de câțiva ani, incertitudinea care plana cu privire la soarta contractelor era de natură să creeze prejudicii atât debitorului, prin majorarea uneori nejustificată a pasivului, în baza unor contracte continuate de drept, dar neutile societății, cât și contractantului care nu reușea încasarea creanțelor curente, valoarea acestora ajungând să majoreze sumele deja declarate de acesta la masa credală.

Față de aceste deficiențe, legiuitorul Codului insolvenței a preluat din dreptul francez, prin art. 123 alin. (1), termenul de 3 luni de la data deschiderii procedurii în care soarta contractelor în derulare trebuie să fie clarificată. Astfel, în cadrul termenului de 3 luni, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar poate să denunțe contractele care

nu servesc scopului maximizării averii debitorului și, în același termen de 3 luni, contractantul trebuie să ia inițiativa notificării administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar solicitând denunțarea contractului.

Cu toate acestea, menținerea unui contract în contextul previzionării unei posibile reorganizări judiciare, care însă eșuează fie în etapa votării și a confirmării planului de reorganizare, fie ulterior, nu poate obliga administratorul judiciar să continue derularea contractului și ulterior intrării societății în faliment. Astfel, în faliment, relațiile contractuale sunt în general întrerupte. Participanții la procedura insolvenței nu mai urmăresc ca prioritate salvarea întreprinderii debitoare, ci valorificarea de o manieră cât mai eficientă a activelor în vederea satisfacerii unei proporții cât mai ridicate din pasivul înscris în mod regulat la masa credală. Menținerea unor contracte în curs poate facilita operațiunile de lichidare și, continuând exploatarea, sporirea averii debitorului în interesul creditorilor.

§4. Formele opțiunii

13. Textul art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței acordă *administratorului judiciar* sau *lichidatorului judiciar* posibilitatea de a adopta o atitudine activă, în sensul denunțării oricărui contract care întrunește cerințele prevăzute de acest text normativ, răspunzând astfel notificării transmise de contractant sau, dimpotrivă, de a rămâne în pasivitate, caz în care denunțarea contractului operează de drept, la expirarea termenului de 30 de zile de la recepționarea solicitării contractantului privind denunțarea contractului. Manifestarea expresă de voință din partea practicianului în insolvență este dezirabilă; demonstrând diligență și analizând cu profesionalism, îndată după numirea în funcție, în cadrul termenului de 3 luni, toate raporturile contractuale în care se găsește angrenat debitorul, acesta va transmite o notificare scrisă contractantului prin care îl va încunoștința cu privire la posibila opțiune privind denunțarea contractului. În absența unei asemenea manifestări exprese de voință, acțiunile sau inacțiunile practicianului în insolvență vor reprezenta indicii în baza cărora voința sa va putea fi prezumată (spre exemplu, plățile făcute contractantului pentru prestațiile furnizate ulterior deschiderii procedurii).

Efectul pe care absența răspunsului îl are asupra soartei contractului beneficiază de o reglementare în art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței. Noțiunea de „*tăcere*” pare dificil compatibilă cu textul acestui articol, care statuează în mod expres că absența răspunsului administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar în termenul de 30 de zile echivalează cu denunțarea contractului. În afara uzanțelor particulare – în care părțile agreează convențional că tăcerea valorează acceptare – ne-am întrebat dacă am putea face aplicarea regulii des aplicate în practica judiciară în sensul că, atunci când oferta este făcută exclusiv în interesul celeilalte părți, ea poate fi considerată ca fiind acceptată, chiar dacă partea căreia i-a fost adresată tace. Considerăm că răspunsul nu poate fi decât negativ. Pe de o parte, este dificil să asimilăm punerea în întârziere a administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar de către contractanți cu o ofertă, în condițiile în care această punere în întârziere nu vizează crearea unei noi relații contractuale, ci exercitarea de către practicianul în insolvență a unei prerogative ce îi este recunoscută de lege. Pe de altă parte, în afară de faptul că acceptarea tăcerii ca modalitate de manifestare a voinței de continuare a contractului ar conduce la ignorarea dispozițiilor art. 123 din Codul insolvenței, aceasta ar introduce un mecanism extrem de prejudiciabil pentru securitatea tranzacțiilor, mecanism care ar supune contractantul la arbitriul titularului dreptului de opțiune.

Având în vedere caracterul ferm al termenului de 30 de zile prevăzut în art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței, precum și faptul că, spre deosebire de legea franceză, acest termen nu este susceptibil de prelungire în baza hotărârii judecătorești-sindic, apreciem justă opinia care atribuie un caracter absolut, irefragabil, acestei prezumții, asigurându-se astfel respectarea principiului securității juridice, esențial în materie contractuală, menit să permită contractantului debitorului să stabilească într-un termen cât mai scurt soarta contractului, înlăturând incertitudinea ce planează asupra acestuia de la data deschiderii procedurii insolvenței.

§5. Interesele protejate prin exercitarea dreptului de opțiune

14. Dacă singurul criteriu enunțat de lege este „creșterea la maximum a valorii averii debitorului”, interesul protejat nu poate fi altul decât cel al societății aflate în stare de insolvență, respectiv utilitatea contractului fie pentru redresarea acesteia, fie pentru prezervarea averii în considerarea lichidării patrimoniului în faliment. Așadar, ceea ce conferă legitimitate unei neexecutări a contractului care vine în contradicție cu principiile dreptului civil este chiar interesul protejat.

Criteriile care stau la baza efectuării acestei selecții sunt în principal de natură economică, practicianul în insolvență fiind chemat să aprecieze dacă menținerea contractului nu depășește capacitățile financiare ale debitorului, dacă prestațiile furnizate sunt indispensabile continuării activității, dacă modalitățile de executare a contractului sunt avantajoase pentru debitor etc.

Dreptul de opțiune în materia continuării contractelor este un drept care asigură o funcție socială, executarea sa urmărind un interes general. Este puțin probabil ca decizia practicianului în insolvență să fie ghidată de o intenție rău-voitoare, menită să prejudicieze contractantul. În fața unei asemenea atitudini însă, contrară finalității pentru care dreptul de opțiune a fost acordat, contractantul se poate adresa judecătorești-sindic pentru sancționarea fraudei ce are caracterul unui abuz de drept.

§6. Efectele exercitării dreptului de opțiune

15. Menținerea contractelor are drept consecință continuarea relațiilor contractuale, iar contractul inițial se transformă într-un „*contract forțat*”; contractantul debitorului nu se poate desprinde de o convenție așezată de un terț (administrator judiciar, lichidator judiciar, chiar judecător-sindic) sub protecția justiției. Contractul va fi menținut în condițiile agreeate inițial, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar neavând dreptul de a-l modifica în mod unilateral.

Din perspectiva practicianului în insolvență, exercitarea opțiunii în sensul menținerii contractelor după deschiderea procedurii presupune furnizarea prestațiilor promise contractantului debitorului. Chiar dacă debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, în exercitarea obligațiilor de supraveghere și control, administratorului judiciar îi revine obligația de a urmări executarea de către părți a contractului continuat. Dacă prestația debitorului presupune plata unor sume de bani, acestea trebuie plătite fără întârziere, cu excepția cazului în care contractantul debitorului agreează asupra unei amânări a plății.

În situația în care dreptul de opțiune se manifestă în sensul denunțării contractului, potrivit art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței, contractantul poate introduce împotriva debitorului o acțiune în despăgubiri, competența de soluționare revenind judecătoru-

lui-sindic. În opinia noastră, dreptul la despăgubiri își are cauza în exercițiul dreptului de opțiune, lipsind noțiunea de culpă. Astfel, de la data deschiderii procedurii, condițiile economice, financiare și legale în care debitorul își desfășoară activitatea sunt fundamental modificate, schimbarea nefiind (de principiu) imputabilă debitorului.

Față de principiul general al continuării contractelor, administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar îi revine dreptul suveran de a aprecia asupra oportunității menținerii sau denunțării contractelor. În măsura în care acest drept este exercitat în mod abuziv ori nelegal, ori dacă contractantul poate demonstra legătura de cauzalitate dintre exercițiul opțiunii și prejudiciul produs, atunci cu siguranță că acesta are dreptul la despăgubiri.

La stabilirea despăgubirilor, judecătorul-sindic va ține cont de principiile de drept comun, fiind așadar necesar ca prejudiciul să prezinte un grad suficient de certitudine, astfel încât să fie suficient de plauzibil și să poată fi invocat. Odată constatată existența prejudiciului, judecătorul-sindic va avea două soluții pentru stabilirea nivelului despăgubirii, fie făcând apel la puterea sa suverană de apreciere, fie referindu-se la eventuale clauze contractuale. În opinia noastră, odată aflați sub incidența procedurii insolvenței, scopul și principiile acestea vor prevala față de orice convenții încheiate de părți în perioade în care activitatea se desfășura în mod normal, iar debitorul era o societate în stare de funcționare. Prin urmare, judecătorul-sindic nu va putea dispune aplicarea unei *clauze penale* într-un cuantum exagerat doar pentru motivul că aceasta era convenția părților la momentul semnării contractului, cu atât mai mult cu cât aceste despăgubiri, conform noilor dispoziții ale art. 123 alin. (4) coroborate cu cele ale art. 161 pct. 4, au dobândit un regim juridic prioritar, respectiv acela al creanțelor rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii.

§7. Soarta contractului continuat din prisma pârghiilor reale aflate la dispoziția practicianului în insolvență pentru a pune în executare opțiunea legal exprimată

16. Practica demonstrează că, în majoritatea cazurilor în care contractantul nu dorește continuarea relației contractuale cu debitorul, acesta refuză executarea prestațiilor, ceea ce conduce în final la lipsirea de eficiență a opțiunii. Confruntat cu o astfel de situație, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar se va vedea obligat să apeleze la mijloacele legale în vederea punerii în executare silită a opțiunii exercitate.

Indiferent însă de modalitatea în care practicianul în insolvență va proceda la punerea în executare silită a contractului continuat (executare silită în natură sau prin echivalent), misiunea acestuia este întotdeauna îngreunată de starea de dificultate financiară a debitorului, lipsa fondurilor bănești pentru contractarea de prestații alternative sau chiar de imposibilitatea contractării acestora datorită calității de consumator captiv.

O soluție trebuie găsită și pentru ipoteza în care ambii contractanți se găsesc în procedura de insolvență, iar fiecare dintre practicienii în insolvență își exercită dreptul de opțiune ce le este conferit de Codul insolvenței în mod diferit. În absența unei reglementări legale cu privire la opțiunea prioritară, conflictul dintre opțiuni poate avea consecințe nefaste asupra ambilor contractanți. În opinia noastră, apelând la principiile generale ale dreptului comun al contractelor, precum buna-credință și lealitatea contractuală, care completează în mod necesar și regimul contractelor din procedura insolvenței, opțiunea prioritară ar trebui considerată cea exercitată de practicianul în insolvență care acționează în numele contractantului care are calitatea de creditor în

respectiva relație contractuală. Această calitate este de natură să dovedească faptul că respectivul contractant și-a îndeplinit propriile sale obligații fără însă a beneficia de contraprestațiile convenite contractual din partea celeilalte părți. Acceptarea priorității opțiunii practicianului în insolvență care reprezintă contractantul-creditor reprezintă astfel o minimă compensare a prejudiciului deja suferit de acesta.

Secțiunea a 4-a. Atingeri aduse de procedura insolvenței principiilor dreptului comun al contractelor

§1. Inaplicabilitatea unora dintre principiile dreptului comun al contractelor încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței

17. Opțiunea practicianului în insolvență încalcă principiile fundamentale ale dreptului contractelor cu singurul scop de a asigura mijloacele veritabile de redresare a debitorului insolvent dar încă viabil.

Încălcând *principiul libertății contractuale*, dreptul procedurilor colective sancționează cu nulitatea clauzele contractuale menite să conducă fie la desființarea contractului, fie la decăderea din beneficiul termenului sau la declararea exigibilității anticipate pentru cauza deschiderii procedurii și limitează impactul caracterului *intuitu personae*. În esență, legiuitorul Codului insolvenței a procedat la o derogare expresă de la dispozițiile art. 1.417 C. civ., considerându-le inaplicabile procedurilor colective („Debitorul decade din beneficiul termenului dacă se află în stare de insolvabilitate sau, după caz, de insolvență declarată în condițiile legii [...]”).

Clauzele contractuale care își pierd eficacitatea odată cu deschiderea procedurii insolvenței sunt tocmai acele clauze care prevăd desființarea (rezilierea, rezoluțiunea, denunțarea) contractului pentru cauza deschiderii procedurii, dar și agravarea situației contractuale a debitorului prin decăderea din beneficiul termenului sau prin declararea exigibilității anticipate. Beneficiind de protecția legii speciale, continuarea contractelor în curs este consolidată, ruptura relației contractuale neputând interveni prin simpla aplicare a unei clauze de încetare a contractului pentru cauza deschiderii procedurii împotriva unuia dintre contractanți. Această soluție, favorizând menținerea în profitul debitorului a potențialului contractual existent în ziua deschiderii procedurii, este conformă caracterului de *ordine publică* al dreptului de opțiune al administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar. Ineficacitatea acestor clauze afectează considerabil principiul libertății contractuale în virtutea căruia nicio parte nu își poate impune voința în afara cadrului contractual convenit, aducându-se atingere deopotrivă și aspectului previzional al contractului.

Fiind în discuție protejarea unor interese de ordine publică, nulitatea nu poate fi acoperită printr-o clauză derogatorie cuprinsă în contract și nici printr-un acord al părților survenit după deschiderea procedurii, menit să confere legitimitate unei asemenea clauze. Dreptul insolvenței aduce astfel atingere principiului libertății contractuale, forța voinței părților fiind în mod evident redusă. Constatăm asigurarea unei protecții unilaterale a intereselor contractantului insolvent, un dezechilibru vădit între raporturile contractuale în detrimentul partenerului *in bonis*.

Conservarea relațiilor contractuale se lovește de cele mai multe ori de reacția negativă a contractanților care încearcă, odată cu deschiderea procedurii insolvenței, ruperea

oricăror raporturi contractuale încheiate cu debitorul insolvent. Legiuitorul a fost așadar chemat să instituie reguli aplicabile în materia procedurilor colective și care să permită menținerea relațiilor contractuale, obligând contractantul să își respecte angajamentele anterioare. Or, în acest context, principiul forței obligatorii a contractului, unul dintre pilonii concepției clasice asupra contractului, devine un obstacol în conservarea acestuia.

18. În ceea ce privește incidența *principiului irevocabilității contractului* în procedura insolvenței, apreciem că, pentru început, trebuie determinat dacă, în exercitarea dreptului de opțiune, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar acționează în nume propriu sau în numele debitorului (contractant insolvent). Admiterea ultimei ipoteze conduce la recunoașterea faptului că voința unilaterală a unei părți, exprimată indirect prin intermediul practicianului în insolvență, îi permite acestuia să se sustragă angajamentelor contractuale asumate. Această interpretare vine în evidență contradicție cu principiul irevocabilității actului juridic civil, conducând la concluzia că ne găsim în prezența unei excepții de la acest principiu, reglementată de legea specială. În dreptul francez, această problemă este tranșată de maniera în care se apreciază în mod unanim că practicianul în insolvență acționează în virtutea puterilor proprii ce îi sunt conferite de lege în calitatea sa de participant independent în cadrul procedurii, a cărui responsabilitate poate fi antrenată pentru continuarea activității contractuale.

În opinia noastră, odată cu intrarea în procedura insolvenței, regimul juridic special aplicabil contractantului insolvent îndrituiește administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în virtutea unor puteri proprii conferite de lege, să exercite un drept de apreciere asupra utilității menținerii unor contracte și un drept de opțiune privind menținerea sau denunțarea acestora, condiționat de rezultatul aprecierii. Practicianul în insolvență are astfel un *rol complex*, acționând ca reprezentant al contractantului insolvent, căruia legea îi pune la dispoziție pârghii mult mai largi decât reprezentanților statuari în scopul unic de salvare a debitorului încă viabil. În calitate de reprezentant, acesta angajează patrimonial debitorul, ceea ce justifică îndreptarea acțiunilor în despăgubire împotriva contractantului insolvent, fără a exclude însă, chiar în absența unei reglementări exprese în această materie, răspunderea directă a practicianului pentru situațiile care se încadrează în ipoteza juridică a noului art. 182 alin. (1) din Codul insolvenței: „Administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate fi tras la răspundere pentru exercitarea atribuțiilor cu rea-credință sau gravă neglijență. Există rea-credință atunci când administratorul judiciar/lichidatorul judiciar încalcă normele de drept material ori procesual, urmărind sau acceptând vătămarea unui interes legitim. Există gravă neglijență atunci când administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu îndeplinește sau îndeplinește defectuos o obligație legală și prin aceasta determină vătămarea unui interes legitim”.

19. Legea insolvenței consacră astfel o *excepție de la principiul irevocabilității contractelor*, acestea putând fi revocate sau dimpotrivă menținute prin manifestarea de voință unilaterală a uneia din părți. Voința contractantului nu mai dispune de forța necesară pentru a produce efecte juridice conforme dorinței acestuia, nici în ceea ce privește mijloacele specifice dreptului comun pentru sancționarea contractantului aflat în culpă privind executarea obligațiilor contractuale, respectiv excepția de neexecutare a contractului sau rezoluțiunea acestuia.

Odată cu ajungerea unuia dintre contractanți în stare de insolvență, partenerul contractual al acestuia nu mai poate evita executarea propriilor obligații invocând *excepția*

de neexecutare a contractului sau rezoluțiunea acestuia, indiferent de gravitatea neexecuțărilor anterioare imputabile contractantului insolvent. O problemă analizată în acest context este aceea dacă neexecuțărilor anterioare ale debitorului pot fi de orice natură sau doar de natura financiară. Spre deosebire de legea franceză care folosește termenul de „angajamente anterioare”, art. 123 alin. (9) din Codul insolvenței se referă la „plăți restante pentru perioadele anterioare deschiderii procedurii”, ceea ce conduce la concluzia că paralizarea eventualei excepții de neexecutare a contractului sau a cererii de reziliere a acestuia se va realiza doar în ipoteza în care neexecutarea debitorului vizează plata unei sume de bani, caz în care contractantului-creditor i se oferă o alternativă legală prin înscrierea creanței la masa credală.

Obstacolele în ceea ce privește invocarea excepției de neexecutare și a rezoluțiunii contractului de către contractantul debitorului insolvent sunt completate de paralizarea efectelor juridice ale *indivizibilității contractuale*.

Analizând această instituție din prisma cadrului convențional stabilit de părți, apreciem că indivizibilitatea trebuie analizată dintr-o triplă perspectivă: „*ansamblul contractual indivizibil*” ale cărui elemente se găsesc reunite prin legături de interdependență, astfel încât desființarea unui contract are drept consecință și desființarea altor contracte integrate în obiectul indivizibil. Această noțiune se poate dovedi periculoasă în cadrul unei proceduri de insolvență, în măsura în care contractantul, invocând neexecutarea unui contract, ar putea determina desființarea unui întreg ansamblu de contracte, punând astfel în pericol redresarea debitorului. Considerăm însă că prevederile legii speciale care determină inaplicabilitatea excepției de neexecutare sau a rezoluțiunii contractului își produc efectele cu privire la toate contractele debitorului, inclusiv la cele care compun ansamblul indivizibil; „*indivizibilitatea clauzelor contractuale*” menită să evite, în cazul unui litigiu, suprimarea unor clauze și menținerea altora. Scopul maximizării averii debitorului și respectiv al asigurării premiselor redresării acestuia este cel care determină o scindare a contractului chiar împotriva voinței părților care au dorit, prin inserarea clauzei de integralitate, protejarea status-ului contractual în forma și condițiile avute în vedere la data încheierii acestuia; „*indivizibilitatea dintre prestațiile debitorului*” anterioare și ulterioare deschiderii procedurii. Din această perspectivă, indivizibilitatea transpune voința părților de a face ca un contract cu executare succesivă, eșalonat în timp, să fie tratat ca o operațiune globală, indisociabilă.

În cadrul procedurii de insolvență nu este admisibil ca supraviețuirea contractului să depindă de simpla voință a părților, ceea ce riscă să vină în conflict cu dreptul de opțiune, care este de ordine publică. Paralizarea indivizibilității contractuale aduce atingere principiului forței obligatorii a contractului, în măsura în care acesta vine în contradicție cu imperativul redresării societății debitoare.

§2. Competența exclusivă a judecătorului-sindic în soluționarea cererilor privind măsurile administratorului judiciar

20. Având în vedere că, odată cu intrarea în procedura insolvenței, se instituie un regim juridic special aplicabil contractantului insolvent, în care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar are un drept de opțiune privind menținerea sau denunțarea contractelor acestuia, actele practicianului în insolvență nu pot fi tratate în același mod cu actele reprezentanților statutar, dat fiind scopul procedurii colective. Așa fiind, acțiunile îndreptate spre contestarea actelor administratorului judiciar sau ale lichidatorului judi-

ciar privind denunțarea contractelor vor intra în competența exclusivă, specială, a judecătorului-sindic și nu în cea a instanțelor comerciale de drept comun, în aplicarea art. 8 alin. (1) din Codul insolvenței. Caracterul exclusiv al competenței judecătorului-sindic își găsește justificarea chiar în scopul procedurii insolvenței, și anume instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șanseii de redresare a activității acestuia (art. 2 din Codul insolvenței). Astfel, caracterul exclusiv al competenței judecătorului-sindic are la bază nevoia de a proteja în mod egal drepturile tuturor creditorilor debitorului insolvent într-o manieră colectivă.

În cazul în care părțile au încheiat o convenție arbitrală pentru soluționarea disputelor cu privire la încheierea, interpretarea, nulitatea, executarea sau încetarea contractelor respective, aceasta va fi inoperantă în ceea ce privește acțiunile îndreptate împotriva efectelor măsurilor administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar.

Această inoperabilitate a convenției arbitrale este generată de competența exclusivă a judecătorului-sindic, indiferent de țara în care eventual s-ar situa locul convenit de părți ca loc al arbitrajului, deoarece activitatea administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar este supusă exclusiv controlului judiciar al instanțelor din statul în care acesta își desfășoară activitatea, conform art. 3 alin. (1) din Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului privind procedurile de insolvență care dispune „Competența de a deschide procedura de insolvență revine instanțelor din statul membru pe teritoriul căruia se află centrul intereselor principale ale unui debitor. În cazul unei societăți sau persoane juridice, centrul intereselor principale este prezumat a fi, până la proba contrarie, locul unde se află sediul social”.

Potrivit art. 4 alin. (1) din Regulament, procedura insolvenței și efectele acesteia sunt guvernate de legea statului membru pe teritoriul căruia s-a deschis procedura insolvenței (*lex concursus*). Acest articol stabilește regula generală în ceea ce privește conflictul de legi. În același sens s-a reținut de către autorii Raportului asupra Convenției privind procedurile de insolvență. Astfel, aceștia au subliniat faptul că „Odată ce procedura a fost deschisă într-un stat membru în conformitate cu articolul 3, creditorii vor trebui să solicite plata creanțelor în cadrul acestei proceduri colective, chiar dacă aceasta nu este administrată de către instanțele judecătorești. Orice întrebare cu privire la desfășurarea procedurii ori cu privire la deciziile luate în cursul procedurii, trebuie adresată instanțelor judecătorești din acel stat”.^[1] Conform art. 47 din Regulament, acesta este obligatoriu în toate elementele sale și se aplică direct în toate statele membre în conformitate cu Tratatul de instituire a Comunității Europene. Având în vedere că Regulamentul are ca scop protejarea unor interese publice, prevederile acestuia sunt imperative (*ordre publique communautaire*).

Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene este în același sens. Astfel, aceasta a stabilit două condiții cumulative pentru ca Regulamentul să fie aplicabil unei anumite pretenții: pretenția trebuie să derive direct din procedura insolvenței și să fie în strânsă legătură cu această procedură^[2]. În Cauza 111/08, Curtea de Justiție a considerat că o acțiune prin care lichidatorul exercită „o prerogativă care rezultă în mod specific din

^[1] M.V. Etmann Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings (1996), §52.

^[2] Hotărârea Curții din data de 22 februarie 1979 în Cauza 133/78 (*Henri Gourdain împotriva Franz Nadler*); Hotărârea Curții (camera întâi) din data de 12 februarie 2009 în Cauza C-339/07 (*Christopher Seagon împotriva Deko Marty Belgium NV*); Hotărârea Curții (camera întâi) din data de 2 iulie 2009 în Cauza C-111/08 (*SCT Industri AB i likvidation împotriva Alpenblume AB*); Hotărârea Curții (camera întâi) din 19 aprilie 2012 în Cauza C-213/10 (*F-Tex SIA împotriva Lietuvos-Anglijos UAB „Jadecloud-Vilma”*).

dispozițiile de drept național care reglementează acest tip de procedură” este intim legată de desfășurarea procedurii de insolvență^[1].

§3. Revenirea la principiul libertății contractuale în situația în care culpa în executare se produce ulterior menținerii contractului

21. Astfel cum arătam în cele ce preced, *supra*, Secțiunea 1, contractele în derulare, odată asumate, reintră sub regimul de drept comun al contractelor. Aceasta este și rațiunea noilor dispoziții ale alin. (3) din cadrul art. 123: „Ulterior menținerii contractului, cocontractantul poate solicita rezilierea acestuia pentru culpa debitorului, soluționarea cererii făcându-se de judecătorul-sindic”.

Raportat la acest regim de „reîntoarcere” la principiul egalității părților, considerăm că nu trebuie extinsă sfera de aplicabilitate a termenului de prescripție de 3 luni, care este un termen de opțiune aferent menținerii sau denunțării contractelor în derulare la momentul deschiderii procedurii de insolvență. Acest termen nu se aplică situațiilor survenite ulterior menținerii, și care trebuie analizate din perspectiva existenței sau nu a unei culpe contractuale.

Secțiunea a 5-a. Analiza categoriilor de contracte

§1. Contractele translativ de proprietate

1.1. Contractul de vânzare-cumpărare cu rezerva dreptului de proprietate

22. O situație specială este cea a contractului de vânzare-cumpărare cu rezerva dreptului de proprietate reglementat de Codul insolvenței prin art. 123 alin. (6). Preluând formularea art. 86 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, acesta legiferează posibilitatea „reținerii titlului de proprietate până la plata integrală a prețului vânzării” și în ceea ce privește bunurile mobile, eliminând referirea doar la bunurile imobile.

Într-o astfel de ipoteză, vânzarea va fi considerată executată de vânzător și nu va fi supusă prevederilor art. 123 alin. (1), rezerva fiind opozabilă administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar dacă au fost îndeplinite formalitățile de publicitate prevăzute de lege. În acest caz, bunul cu privire la care vânzătorul a reținut titlul de proprietate intră în averea debitorului, iar vânzătorul beneficiază de o cauză de preferință conform art. 2347 C. civ. menită să conserve drepturi asupra bunului, similare ipotecilor.

În opinia noastră, noua reglementare acordă eficiență clauzei rezervei dreptului de proprietate, în condițiile în care practica a demonstrat că păstrarea dreptului de proprietate creează deseori mai multe inconveniente decât transferul proprietății corelativ cu instituirea unei garanții reale. Ceea ce realizează astfel legiuitorul Codului insolvenței este egalizarea de tratament a celor doua modalități de garantare a proprietății și, respectiv, a creanței, transferând către debitor proprietatea asupra bunului și încadrând creanța în categoria celor care beneficiază de o cauză de preferință.

Modificarea era cu atât mai necesară cu cât, în contextul dificultăților cu care se confruntă debitorul insolvent, bunul obiect al rezervei este deseori distrus, deteriorat sau

^[1] Hotărârea Curții (camera întâi) din data de 2 iulie 2009 în Cauza C-111/08 (SCT Industri AB i likvidation împotriva Alpenblume AB), § 28-30.

chiar înstrăinat de către debitor anterior deschiderii procedurii, ceea ce făcea cu atât mai dificilă recuperarea efectivă a acestuia prin intermediul unei acțiuni în revendicare reglementată de art. 124 din Codul insolvenței. Situația rămâne dificilă chiar și din perspectiva cauzei de preferință: în ipoteza dispariției (fizice) a bunului, creanța rămâne chirografară, iar în ipoteza dispariției juridice (înstrăinare), efectul rămâne, însă creditorul tot nu este mai favorizat în procedura insolvenței, rămânând de asemenea chirografar.

1.2. Promisiunile bilaterale de vânzare-cumpărare

23. În materia promisiunilor bilaterale de vânzare-cumpărare în care debitorul insolvent are calitatea de promitent-vânzător, iar diverși terți au calitatea de promitenți-cumpărători, reglementarea art. 93¹ din Legea nr. 85/2006 beneficiază de o mult așteptată completare în ceea ce privește protecția acordată creanțelor care beneficiază de un drept de preferință.

Astfel, problema cea mai disputată în legătură cu aplicarea art. 93¹ din Legea nr. 85/2006 a vizat conflictul dintre dreptul promitentului-cumpărător la încheierea contractului de vânzare-cumpărare și eventualele garanții născute anterior deschiderii procedurii care ar putea afecta bunul obiect al antecontractului de vânzare-cumpărare. În condițiile în care legea nu conținea nicio prevedere, în practică s-au întâlnit frecvent situațiile în care debitorul insolvent, în desfășurarea unei activități de construcții, a achiziționat un teren cu o sumă de bani provenită dintr-un credit bancar garantat cu o ipotecă convențională asupra terenului, teren pe care a construit unul sau mai multe blocuri de apartamente, apartamente care au format obiectul unor antecontracte de vânzare-cumpărare încheiate, cel mai adesea, cu persoane fizice. Ipoteca extinzându-se și asupra construcțiilor ulterior edificate, dreptul promitenților-cumpărători intra în conflict cu dreptul de ipotecă al băncii finanțatoare.

Astfel, în jurisprudență^[1] s-a reținut astfel: „cum în cazul executării silite de către practician a obligațiilor ce decurg dintr-un asemenea antecontract, creditorul ipotecar nu-și vede realizată creanța, care este una garantată, perfectarea contractului autentic de vânzare-cumpărare nu se poate realiza prin ignorarea dreptului creditorului – acela de a încasa cu prioritate suma de bani obținută din lichidarea bunului afectat garanției, prin încheierea unui antecontract de vânzare-cumpărare dreptul creditorului ipotecar nefiind prejudiciat în niciun fel, ipoteca continuând să greveze imobilul promis a fi vândut. Nu există nicio prevedere legală care să permită instanței de judecată să acorde preferință unui creditor chirografar, în detrimentul unuia garantat, fiind absolut injust ca un asemenea creditor, care și-a luat măsuri suficiente de garantare a împrumutului financiar acordat unui debitor, care ulterior intră în procedura insolvenței, să fie «transformat» într-unul chirografar, iar cei care nu și-au constituit nicio garanție, atunci când au acordat avansuri societății falite, în schimbul promisiunii construirii și vânzării unor locuințe, să ajungă să-și vadă realizată integral ori în cea mai mare parte creanța.”

Condițiile stabilite de legiuitor pentru aplicarea tezei din art. 131 din Codul insolvenței pot fi împărțite în condiții prealabile (necesitatea ca promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare să aibă dată certă anterioară deschiderii procedurii și ca promitentul-vânzător să intre în procedură) și condiții necesare pentru executarea promisiunii (prețul contractual să fi fost sau să poată să fie achitat integral, promitentul cumpărător să aibă posesia bunului, prețul să corespundă valorii de piață a bunului, bunul să nu aibă

[1] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 72 din 18 ianuarie 2011, www.spete.info.

importantă pentru reușita planului de reorganizare, iar, în cazul imobilelor, promisiunea să fie notată în Cartea Funciară).

Pentru a putea fi însă încheiat un contract de vânzare-cumpărare, după verificarea îndeplinirii condițiilor mai sus menționate, este necesar ca administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar să asigure respectarea drepturilor creditorilor care beneficiază de o cauză de preferință asupra bunurilor ce urmează a fi înstrăinate și care au înscris acel drept în registrele de publicitate prevăzute de lege *înainte de data încheierii* promisiunii bilaterale de vânzare. Aceste drepturi sunt prevăzute în alineatul (2) al art. 131 și constau în dreptul de a beneficia cu prioritate de orice sume încasate în averea debitoarei în baza contractelor de vânzare-cumpărare încheiate în condițiile mai sus menționate și/sau în dreptul de a beneficia de una dintre următoarele măsuri privind asigurarea unei protecții corespunzătoare a creanței, și anume: i) primirea unei sume reprezentând maximum valoarea de piață a bunului din care se deduc cheltuielile prevăzute de art. 159 alin. (1) pct. 1; ii) primirea unei garanții reale cu o valoare egală cu valoarea de piață a bunului stabilită în cadrul procedurii printr-un raport de evaluare ce va fi întocmit de către un evaluator desemnat potrivit art. 61; iii) primirea unei scrisori de garanție bancară pentru o sumă egală cu valoarea de piață a bunului stabilită în cadrul procedurii, dar nu mai mult decât valoarea creanței acestora înregistrată în tabelul de creanțe în vigoare.

Propunerea de aplicare a uneia dintre măsurile mai sus menționate se va face de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar prin raportul de activitate prin care se propune măsura vânzării și se notifică creditorului beneficiar al cauzei de preferință.

24. O situație aparte cu care practicianul în insolvență se poate confrunta este cea a *contractelor de vânzare-cumpărare cu opțiune de răscumpărare* ce poate fi exercitată de vânzător în condițiile art. 1.758-1.762 NCC. Având în vedere că acest tip de vânzare este supus dispozițiilor privitoare la condiția rezolutorie, exercitarea opțiunii de răscumpărare are drept consecință desființarea retroactivă a contractului.

În cazul în care, în intervalul cuprins între data încheierii contractului și data exercitării opțiunii de răscumpărare, cumpărătorul a intrat în procedura de insolvență, se ridică problema „conflictului” dintre cele două drepturi de opțiune: opțiunea de răscumpărare și opțiunea de menținere a contractului de vânzare-cumpărare din partea administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar. Astfel, dacă îndeplinirea condiției are loc după data deschiderii procedurii, ne putem găsi în situația în care un contract valabil și aflat în curs la acea dată, să fie desființat în mod retroactiv, cu consecința excluderii sale din categoria contractelor în curs. Ce se întâmplă însă în ipoteza în care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar și-a exprimat deja intenția de menținere a acestui contract? Opinăm în sensul că interesul practicianului în insolvență în menținerea acelui contract în vederea realizării scopului menționat de art. 123 din Codul insolvenței (creșterea la maximum a valorii averii debitorului) nu poate prevala, îndeplinirea condiției rezolutorii având drept consecință desființarea retroactivă a raportului juridic obligațional. Desigur că administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar nu vor autoriza restituirea, fizică sau juridică, a bunului către vânzător decât după încasarea sumelor datorate de acesta averii debitorului.

1.3. Contractele de vânzare-cumpărare ce au ca obiect bunuri aflate în tranzit

25. Potrivit art. 124 din Codul insolvenței, dacă un bun mobil vândut debitorului și neplătit de acesta era în tranzit la data deschiderii procedurii și bunul nu se afla încă la dispoziția debitorului și nici alte părți nu au dobândit drepturi asupra lui, atunci vânzătorul îl poate lua înapoi, suportând toate cheltuielile și restituind debitorului orice avans din preț.

Dacă vânzătorul acceptă ca bunul să fie livrat chiar și după ce a luat cunoștință despre deschiderea procedurii insolvenței împotriva cumpărătorului debitor, el va putea recupera prețul prin înscrierea creanței sale în tabelul de creanțe^[1].

În cazul în care administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar cere ca bunul să fie livrat, el va trebui să ia măsuri să se plătească din averea debitorului întregul preț datorat în baza contractului.

Legea reglementează, așadar, situația bunurilor mobile predate spre transport căraușului, când destinatarul este debitorul împotriva căruia s-a declanșat procedura. Textul face o aplicare a regulii din contractul de transport de mărfuri potrivit căreia, mai înainte de predarea mărfii la destinație, expeditorul poate modifica contractul de transport, regulă dedusă din art. 421 C. com. și transpusă în *dreptul de dispoziție* ulterioară al expeditorului reglementat de art. 1.973 NCC. Acest regim de excepție în materia modificării contractului de transport este justificat de rațiuni de ordin economic, printre care și căderea în faliment a destinatarului cumpărător în intervalul cuprins între data semnării contractului de vânzare-cumpărare și sosirea mărfii la destinație^[2].

O problemă poate apărea în situația în care bunul aflat în tranzit ajunge la debitor imediat după deschiderea procedurii, iar vânzătorul a fost în eroare cu privire la situația juridică a cumpărătorului la momentul la care și-a dat acceptul de livrare. Apreciem că soluția ar trebui să urmărească necesitatea asigurării unei stabilități a regimului proprietății asupra bunurilor debitorului. Prin urmare, dacă livrarea s-a făcut imediat după deschiderea procedurii, iar bunul nu este necesar averii debitorului, apreciem că vânzătorul poate să își recupereze bunul, însă doar cu acceptul administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar și sub condiția achitării cheltuielilor aferente transportului și a restituirii averii debitorului a eventualului avans din preț achitat. În caz contrar, odată bunul ajuns în posesia debitorului, chiar dacă aceasta este urmarea unei erori comune în care se găsea vânzătorul, bunul se consideră intrat în averea debitorului, iar vânzătorul va deține o creanță pe care este chemat să o înregistreze în condițiile legii.

Decizia privind soarta contractului depinde, așadar, în principal de manifestarea de voință a vânzătorului-expeditor, putând fi însă răsturnată de practicianul în insolvență care poate solicita vânzătorului ca bunul să fie livrat, cu condiția de a plăti vânzătorului întregul preț datorat în baza contractului.

Posibilitatea vânzătorului (creditor) de a recupera bunul implică o analiză bazată în principal pe particularitățile bunului vândut. Astfel, în cazul produselor finite destinate vânzării, regula este ne-recuperarea bunului și încasarea contravalorii acestora, cu excepția cazului în care analizele indică unele dificultăți la plată din partea cumpărătorului, caz în care bunul ar trebui recuperat și revândut unui cumpărător solvabil. Dacă însă bunul mobil vândut constituie un mijloc de producție vândut la un preț ce nu asigură

[1] În același sens, *St.D. Cărpenaru*, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic București, 2009, p. 756.

[2] *N. Tădăreanu*, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 144.

înlocuirea sa cu un bun cu aceleași calități, acesta ar trebui recuperat, chiar cu riscul unor cheltuieli suplimentare de transport, depozitare, montare^[1].

Aprecierea este mai dificilă în cazul unor utilaje particularizate activității debitorului a căror valorificare către terți este dificilă, caz în care vânzătorul va opta, de regulă, pentru livrarea bunului și înscrierea creanței sale în tabelul creditorilor.

1.4. Contracte având ca obiect bunuri sau valori cotate pe piețe reglementate

26. Textul art. 125 din Codul insolvenței preia reglementarea art. 88 din Legea nr. 85/2006 și legiferează situația în care debitorul este parte a unui contract cuprins într-un acord master de netting, prevăzând transferul anumitor mărfuri, titluri reprezentative ale mărfurilor sau active financiare cotate pe o piață reglementată de mărfuri, servicii și instrumente financiare derivate, la o anumită dată sau într-o perioadă de timp și scadența intervine sau perioada expiră după data deschiderii procedurii.

În acest caz se va executa o operațiune de compensare bilaterală a tuturor contractelor cuprinse în acordul master de netting respectiv.

Dacă din operațiune averea debitorului în insolvență va mai avea de încasat o diferență, urmează să o încaseze, iar dacă rezultă o obligație a averii debitorului, aceasta va fi înscrisă în tabelul de creanțe.

În doctrină^[2] s-a arătat că în aceeași categorie pot fi incluse tranzacțiile la termen (*futures*) cu o anumită marfă sau titluri de valoare, în baza cărora părțile își exprimă acordul de a vinde sau a cumpăra o cantitate determinată de marfă sau titluri de valoare la un preț stabilit la momentul încheierii contractului, cu lichidarea contractului la o dată ulterioară. Dacă una din părți devine debitor într-o procedură de insolvență, iar termenul de lichidare al contractului se împlinește după deschiderea procedurii, diferența între prețul de cumpărare și prețul cotelat la lichidarea tranzacției se va înscrie ca debit sau credit în averea debitorului. În ipoteza unei diferențe favorabile debitorului, acest profit va trebui plătit averii debitorului, iar în ipoteza unei diferențe nefavorabile se naște pentru averea debitorului o obligație de plată ce va fi înscrisă în tabelul de creanțe.

§2. Contractele privind cedarea folosinței bunurilor

27. Analiza contractelor privind cedarea folosinței bunurilor se circumscrie celor două ipostaze în care debitorul insolvent se poate afla, și anume aceea de locatar (chiriaș) și de locator.

Prima ipostază este legiferată de art. 123 alin. (7) din Codul insolvenței, reglementare care preia conținutul art. 86 alin. (5) din Legea nr. 85/2006. Locatorul este de regulă unul dintre creditorii care beneficiază de privilegiul creanțelor ulterioare deschiderii procedurii. Cu toate acestea, deschiderea procedurii împotriva chiriașului îngreunează situația locatorului interesat să își redobândească bunul, în condițiile în care locatorul nu se poate prevala de neplata de către chiriaș a chiriei și cheltuielilor anterioare deschiderii procedurii, urmărirea individuală fiind suspendată. Referitor la acest din urmă aspect, menționăm faptul că, în dreptul francez, interdicția urmărilor individuale vizează creditorii care dețin creanțe anterioare deschiderii procedurii, ori născute după, însă, în mod

^[1] Programul Phare 2002, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment – Noțiuni de economie aplicate procedurilor de insolvență, p. 351.

^[2] N. Tăndăreanu, op. cit. p. 147.

nelegal (sume facturate ulterior pentru a beneficia de prioritatea stabilită de lege, deși prestația a fost realizată anterior deschiderii procedurii), ori născute în mod legal, dar nu pentru nevoile procedurii. Codul insolvenței aduce un binevenit remediu prin art. 75 alin. (4) acordând titularului de creanțe curente, certe, lichide și exigibile care depășesc valoarea-prag și sunt recunoscute în procedură de administratorul judiciar sau de judecătorul-sindic, dreptul de a solicita trecerea debitorului în procedura de faliment, dacă aceste creanțe nu sunt achitate în termen de 60 de zile de la data luării măsurii de către administratorul judiciar sau a hotărârii instanței de judecată.

În cazul contractelor de închiriere în care debitorul este locatar (teza prevăzută de art. 128 din Codul insolvenței), administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar nu mai au posibilitatea de a impune locatarului încetarea contractului, cu excepția situației în care chiria este inferioară chiriei practicate pe piață. Această prevedere este menită să protejeze locatarul împotriva unei rupeți intempestive a contractului care l-ar pune în dificultate, obligându-l să își transfere precipitat activitatea în altă locație cu consecința unor costuri exagerate, a pierderii clientelei etc. Deschiderea procedurii insolvenței împotriva locatorului generează însă, de regulă, efecte nefavorabile asupra calității serviciilor furnizate locatarului, accesorii închirierii și în considerarea cărora părțile au agreeat nivelul chiriei (pază, curățenie etc.), motiv pentru care legiuitorul lasă două opțiuni la îndemâna locatarului pentru cazul în care locatorul debitor refuză prestarea serviciilor datorate (fie cele ce ar trebui asigurate direct de acesta, fie cele preluate de la alți furnizori), și anume opțiunea părăsirii imobilului beneficiind de înregistrarea creanței sale în tabel sau opțiunea continuării închirierii, scăzând din chiria pe care o plătește costul serviciilor datorate de proprietar. În acest ultim caz, dacă chiriașul alege să continue a deține imobilul, acesta nu va fi îndreptățit la înscrierea creanței în tabel, ci va avea numai dreptul de a scădea din chiria pe care o plătește costul serviciilor datorate de proprietar.

§3. Contractele în temeiul cărora debitorul deține bunuri aparținând altor persoane

28. Prevederile art. 126 și art. 127 din Codul insolvenței cuprind norme speciale în materia contractelor de comision și consignatie. Astfel, dacă un comisionar care deține titluri pentru bunurile ce urmează a fi primite ori pentru marfă devine subiectul unei cereri introductive a procedurii insolvenței, comitentul va fi îndreptățit să își ia înapoi titlurile ori marfa sau să ceară ca valoarea lor să fie plătită de comisionar.

Similar, în cazul contractului de consignatie, dacă debitorul deține marfa ce aparține altuia, proprietarul va avea dreptul să își recupereze bunul potrivit prevederilor art. 2.057 alin. (4) NCC, afară de cazul în care debitorul are o cauză de preferință valabilă asupra bunului. În acest caz, proprietarul este în drept să își recupereze bunurile, respectiv să nu lase ca aceste bunuri să fie considerate ca aparținând averii debitorului doar pentru că se găseau în posesia acestuia, contracarând astfel falsa aparență creată în sensul că averea debitorului ar cuprinde și aceste bunuri. Ceea ce conferă eficiență acestei reglementări este acțiunea în revendicare pe care proprietarul o poate exercita pentru a redobândi posesia bunului deținut de debitor.

Doctrina^[1] a definit acțiunea pentru restituirea bunului ca „nefiind o acțiune în revendicare clasică de drept civil, ci o acțiune în revendicare specială, de drept comercial, bazată pe un raport juridic preexistent între proprietar și debitor, deci pe un drept de creanță, în timp ce acțiunea în revendicare de drept civil exclude orice raport preexistent de obligațiuni și pune în discuție numai dreptul de proprietate al reclamantului”. În același sens, s-a arătat^[2] că „din moment ce legea falimentelor instituie o procedură specială de revendicare, destinată pe de o parte să evite o îndelungată judecare pe calea dreptului comun, iar, pe de altă parte, să asigure masa creditorilor în contra fraudei prin afirmarea dreptului lor de contestație, o atare procedură specială exclude *ope legis* posibilitatea revendicării pe calea dreptului comun”.

Potrivit art. 127 alin. (2) din Codul insolvenței, dacă la data deschiderii procedurii marfa nu se afla în posesia debitorului și acesta nu o poate recupera de la deținătorul actual, proprietarul va fi îndreptățit să aibă creanța înregistrată în tabelul de creanțe cu valoarea pe care marfa o avea la acea dată. Dacă debitorul se afla în posesia mărfii la acea dată, dar a pierdut posesia ulterior, proprietarul poate cere ca întreaga valoare a mărfii să fie înscrisă în tabelul de creanțe.

§4. Contractele încheiate în vederea asigurării finanțării activității debitorului

29. Deschiderea procedurii insolvenței găsește adesea debitorul angrenat în *contracte de credit* cu privire la care întâmpină dificultăți în achitarea la scadență a ratelor ori acumulează deja un număr semnificativ de rate neplătite.

În legătură cu calificarea contractului de credit ca fiind un contract în curs la data deschiderii procedurii au existat mai multe opinii. Astfel, s-a apreciat^[3] că acest contract nu ar fi în curs dacă fondurile au fost integral vărsate împrumutatului înainte de deschiderea procedurii. Faptul că obligația de rambursare intervine după deschiderea procedurii nu modifică această soluție. Mai mult, fracțiunile de credit deblocate înainte de deschiderea procedurii reprezintă creanțe anterioare. *Per a contrario*, dacă creditul nu a fost integral deblocat înainte de deschiderea procedurii, contractul este în curs pentru fracțiunea nedeblocată la acea dată.

O altă problemă a fost analizată^[4] cu ocazia judecării unui litigiu având ca obiect cererea unui creditor bancar de încetare a unui contract de finanțare acordat sub forma unei linii de credit, în condițiile în care termenul de preaviz cuprins în notificarea transmisă de către bancă debitorului expira după data deschiderii procedurii. În condițiile în care manifestarea de voință a avut loc anterior deschiderii procedurii, cu respectarea tuturor formalităților legale și convenționale aplicabile raportat la tipologia contractului, termenul de preaviz nu poate fi considerat în sine ca generator de efecte juridice, ci doar o măsură menită să acorde validitate actului de denunțare. Prin urmare, instanța a apreciat că pentru perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii și data expirării termenului

[1] F. Moțu, Dispoziții speciale prevăzute de Legea nr. 64/1995 în cazul contractelor de comision și conșignație, în Phoenix nr. 12/2005, p. 17.

[2] Trib. Ilfov, s. notarială, sent. nr. 544 din 1 august 1930, în I. Turcu, Legea procedurii insolvenței, Comentariu pe articole, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009 p. 535

[3] P-M Le Corre, Droit des entreprises en difficulté, 3^e éd., Dalloz, Paris, 2008, p. 238.

[4] F. Derrida, art. cit. p. 6.

de preaviz, contractul poate fi considerat în curs, fără însă ca administratorul judiciar să aibă posibilitatea de a opta în sensul continuării acestuia dincolo de această perioadă

§5. Contractele de leasing financiar

30. Principalul element de noutate în reglementarea Codului insolvenței este legea tratamentul aplicabil *contractelor de leasing*. În primul rând, trebuie menținută distincția dintre modalitatea prin care un contract de leasing în derulare poate înceta, adică prin „reziliere” [caz ce implică automat o culpă contractuală, distinctă de faptul neplății ratelor *anterioare*, care se înscriu la masa credală conform art. 105 alin. (4)] sau prin „denunțare”.

Cu titlu de *ratio legis*, trebuie arătat faptul că tratamentul contractelor de leasing prin Codul insolvenței a încercat îmbinarea armonioasă și echilibrată a două principii, și anume: evitarea dezmembrării prejudiciabile a masei active, prin pierderea unui activ esențial, precum și protecția adecvată a creditorului finanțator, care beneficiază de rezerva de proprietate în privința bunului astfel finanțat. Astfel, regulile avute în vedere în ceea ce privește tratamentul creanțelor finanțatorilor în contractele de leasing au fost următoarele:

- Principiile Băncii Mondiale, Regula C8.3 („*Collection, Preservation, Administration and Disposition of Assets*”), care stabilește faptul că drepturile și interesele unei terțe părți, proprietar al unor active în procedură, trebuie protejate dacă activele respective sunt utilizate în procedură, de către practician și/sau de către debitor, dacă acesta a păstrat dreptul de administrare^[1];

- Ghidul Legislativ UNCITRAL, Partea I și a II-a, de unde rezultă, în esență, recomandarea de a trata creditorul finanțator în regim de creanță garantată, motivându-se caracterul esențial al bunurilor raportat fie la o procedura de reorganizare, fie la o lichidare tip *on going concern*: „în anumite jurisdicții, separația de masa insolvenței a activului deținut în proprietate de un terț (leasing-uri sau rezerva de proprietate) este subiectul unor contracte în derulare. Averea debitorului va include, astfel, și drepturile pe care debitorul le-ar putea avea raportat la active aflate în proprietatea unui terț. Există astfel cazuri în care activul asupra căruia o terță parte deține o rezervă de proprietate poate fi esențială în derularea în continuare a activităților operaționale. În aceste cazuri, ar fi avantajos pentru legislația în discuție să prevadă un mecanism care să permită rămânerea activului la dispoziția procedurii, cu protejarea în mod corespunzător a drepturilor terței-părți. Dacă termenii economici ai unei tranzacții demonstrează că este necesară în continuare finanțarea pentru achiziția activului de către debitor, atunci legislația insolvenței ar trebui să trateze creditorul ca un creditor garantat”.

- de asemenea, și Codul civil, prin dispozițiile art. 2.347 alin. (2) tratează rezerva de proprietate, de care beneficiază finanțatorul într-un contract de leasing, drept cauză de preferință: „*sunt asimilate astfel ipotecilor clauzele de rezervă a proprietății, [...]*”.

În al doilea rând, trebuie subliniată răsturnarea rolurilor în adoptarea deciziei privind soarta contractului, în sensul că, în cazul rezilierii contractelor de leasing financiar (situație în care trebuie să existe, *de plano*, o culpă a debitorului, născută ulterior deschiderii procedurii), finanțatorului i se acorda posibilitatea de a alege între transferarea proprietății asupra acestora către debitor sau recuperarea bunurilor.

^[1] „The rights and interests of a third-party owner of assets should be protected where its assets are used during the insolvency proceedings by the insolvency representative and/or the debtor in possession”.

În prima ipoteză, finanțatorul va dobândi o ipotecă legală asupra respectivelor bunuri, având rang egal cu cel al operațiunii de leasing, și va fi înregistrat la masa credală, conform ordinii de prioritate prevăzută de art. 159 alin. (1) pct. 3 (creanța beneficiară a unui drept de preferință), cu contravaloarea ratelor și accesoriilor restante facturate și neplătite la data deschiderii procedurii, la care se adaugă restul sumelor datorate în temeiul contractului de leasing, fără a se putea depăși valoarea de piață a bunurilor stabilită de un evaluator independent, potrivit prevederilor art. 61.

În cea de-a doua ipoteză, finanțatorul poate decide recuperarea bunurilor ce fac obiectul material al contractului de leasing, acesta urmând a fi înregistrat la masa credală potrivit prevederilor art. 161 alin. (8) (creanța chirografară), cu contravaloarea ratelor și accesoriilor restante facturate și neplătite la data deschiderii procedurii, la care se adaugă restul sumelor datorate în temeiul contractului de leasing minus valoarea de piață a bunurilor recuperate, stabilită de un evaluator independent, potrivit prevederilor art. 61. În mod firesc, în cazul în care există alte bunuri care să confere finanțatorului calitatea de creditor beneficiar al unei cauze de preferință, tratamentul aplicabil creanței sale va fi corespunzător garanțiilor deja constituite.

În ceea ce privește derogarea de la dispozițiile art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței, aceasta constă în situația în care finanțatorul nu exprimă, într-un termen de 3 luni de la data deschiderii procedurii, acordul expres pentru menținerea contractului, ipoteză în care acesta se consideră denunțat la data expirării acestui termen. Dacă însă în același termen finanțatorul transmite administratorului judiciar o notificare prin care i se cere să denunțe contractul, acesta se consideră denunțat la expirarea unui termen de 30 de zile de la data recepționării notificării de către administratorul judiciar.

31. Cu toate acestea, în vederea *maximizării averii debitorului*, practicianul în insolvență poate să denunțe orice contract de leasing financiar, acesta considerându-se denunțat la data notificării denunțării de către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar. În situația „denunțării” contractului de leasing, trebuie subliniat faptul că nu se aplică regulile de înscriere la masa credală, respectiv de îndeostulare, prevăzute pentru cazul „rezilierii” acestui contract, întrucât premisele intervenirii celor două cauze de încetare sunt și rămân diferite. Cu alte cuvinte, în ipoteza „denunțării” contractului, finanțatorul, dacă se consideră prejudiciat, trebuie să introducă o acțiune judiciară, de competența judecătorului-sindic, conform dispozițiilor art. 123 alin. (4), prejudiciul nefiind unul pre-determinat.

În cadrul analizei tratamentului juridic al contractelor de leasing financiar în derulare trebuie observate și dispozițiile art. 105 alin. (4) din Codul insolvenței. Astfel, creanțele curente născute în temeiul acestor contracte nu vor fi înscrise în tabelul de creanțe, fiind plătite la scadență. Pentru ratele anterioare înscrise în tabel, acestea vor urma regimul juridic al creanțelor garantate, ale căror garanții s-au născut anterior deschiderii (fiind vorba despre rezerva de proprietate), însă condiționat de finalizarea contractului în derulare pentru toate creanțele curente (pentru că, în caz contrar, finanțatorul reziliază și își reposează bunul, acestea neputând fi, concomitent, și creditor garantat și proprietar). Dacă finalizarea contractului este reușită, adică toate creanțele curente au fost plătite, va opera transferul dreptului de proprietate către debitor asupra bunului ce face obiectul contractului de leasing financiar, caz în care, pentru ratele anterioare înscrise în tabel finanțatorul va dobândi concomitent o ipotecă legală asupra bunului respectiv, având rang egal cu cel al operațiunii de leasing inițiale. Administratorul judiciar/lichida-

torul judiciar va notifica finanțatorul cu privire la faptul că a operat transferul dreptului de proprietate și va efectua mențiunea în registrele de publicitate relevante cu privire la menținerea rangului creanței finanțatorului.

§6. Contractele de muncă

32. Contractele de muncă sunt asimilate unor contracte în curs, iar exercitarea dreptului de opțiune de către practicianul în insolvență trebuie să respecte cerința maximizării valorii averii debitorului, ceea ce presupune întotdeauna o analiză atentă a numărului de salariați, a costurilor aferente menținerii acestora și a perioadei în care păstrarea acestora este necesară, raportat la activitățile aflate în curs, veniturile ce pot fi obținute de la partenerii contractuali sau, dimpotrivă, daunele-interese pentru neexecutare de care debitorul este pasibil conform contractelor încheiate. De asemenea, nimic nu împiedică practicianul în insolvență să procedeze la înlocuirea unei părți a personalului debitoarei, procedând la angajarea de salariați în condiții mai convenabile societății (personal calificat, la costuri mai reduse etc.) pentru a reuși îndeplinirea obiectivelor enumerate mai sus în condiții mai favorabile debitorului.

Derogând de la prevederile Codului muncii, reglementarea art. 86 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 permitea desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitorului în procedura de urgență, de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, fără a fi necesară parcurgerea procedurii de concediere colectivă, cu acordarea doar a preavizului de 15 zile lucrătoare. Integrând jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene (Cazul *Claes vs. Landsbanki Luxembourg SA, cauzele conexate C-235/10-C-239/10*), prin dispozițiile art. 123 alin. (8) din Codul insolvenței s-a înlăturat aplicabilitatea acestui termen unic de preaviz, făcându-se distincția între concedierile individuale și cele colective.

Astfel, în primul caz, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar este obligat să acorde personalului concediat doar termenul legal de preaviz. În condițiile în care acest termen nu mai este expres menționat, acesta va trebui să corespundă atât prevederilor art. 75 din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, cât și eventualelor stipulații exprese din contractele individuale de muncă (de exemplu, în cazul funcțiilor de conducere, se prevăd de regulă termene de preaviz superioare termenului minim legal de 20 de zile lucrătoare).

În cazul concedierii colective, parcurgerea procedurilor prevăzute de art. 71 (protecția dreptului la informare) și art. 72 (protecția dreptului la consultare) din Legea nr. 53/2003 presupune alocarea unui termen total de cca. 60 de zile, termen care însă, în ipoteza derulării acestora în contextul insolvenței debitorului, va fi redus la jumătate, în temeiul aceleiași prevederi de excepție din art. 123 alin. (8). Această modificare legislativă a avut în vedere motivația CJUE care a statuat că procedura de informare, respectiv de consultare a salariaților în concedierile colective trebuie respectată inclusiv în cazul angajatorilor aflați în procedură de faliment, cu atât mai mult în procedură de reorganizare sau preinsolvență^[1].

^[1] Prin Hotărârea pronunțată, Curtea a considerat că: (1) Articolele 1-3 din Directiva nr. 98/59/CE a Consiliului din 20 iulie 1998 privind apropierea legislațiilor statelor membre cu privire la concedierile colective trebuie interpretate în sensul că se aplică încetării activității unei instituții angajatoare ca urmare a unei hotărâri judecătorești prin care se dispune dizolvarea sau lichidarea pentru insolvabilitate, chiar dacă, în cazul unei asemenea încetări, legislația națională prevede rezilierea cu efect imediat a contractelor de muncă ale

Respectarea termenelor de preaviz este de natură să acorde o protecție sporită angajaților debitorului cărora li se acordă un răgaz menit să le sporească șansele găsirii unui alt loc de muncă, beneficiind în același timp de remunerația corespunzătoare activității prestate. În legătură cu acest din urmă aspect, menționăm că, odată cu intrarea în faliment a debitorului și/sau ridicarea dreptului de administrare al acestuia, sumele datorate salariaților, inclusiv corespunzătoare preavizelor acordate, vor putea fi achitate în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 200/2006 privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale.

§7. Contractele *intuitu personae*

33. Deschiderea procedurii insolvenței găsește debitorul angrenat în diverse *prestări de servicii specializate sau având un caracter strict personal*, pe care cealaltă parte le-a încheiat în considerarea persoanei debitorului-prestator: contract de mandat, de concesiune a unei licențe de exploatare, de concesiune a exclusivității^[1] etc.

Articolul 129 din Codul insolvenței menționează expres dreptul administratorului judiciar/lichidatorului judiciar de a denunța aceste contracte, ipoteză cel mai adesea întâlnită în condițiile în care continuarea acestora se dovedește dificilă, având în vedere intrarea contractantului în raportul juridic în considerarea calităților personale sau prestațiilor specifice furnizate de debitor și care, în mod evident, nu mai pot fi asigurate în același mod de către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar.

Pe de altă parte, deschiderea procedurii insolvenței nu echivalează întotdeauna cu dispariția debitorului, îndeosebi în procedurile ce urmăresc salvarea acestuia printr-o procedură de reorganizare judiciară, sens în care aprecierea utilității și a posibilității concrete de menținere a contractului trebuie să formeze obiectul unei analize particulare fiecărei spețe. Spre exemplu, în cazul contractului de mandat, norma specială din Codul insolvenței se confruntă cu dreptul comun care, prin art. 2030 pct. c) NCC, indică falimentul drept cauză posibilă de încetare a mandatului.

În situația în care debitorul are calitatea de mandatar, încetarea de drept a contractului la data deschiderii procedurii de faliment împotriva acestuia pare justificată, în condițiile în care lichidatorul judiciar nu poate fi ținut și, de regulă, nu are interesul continuării executării obligațiilor asumate anterior față de mandant. Cu toate acestea, îndeosebi în cazul mandatului cu titlu oneros, cu acceptul mandantului, lichidatorul judiciar poate finaliza operațiunile începute de mandatarul-debitor, adăugând averii debitorului remunerația datorată de mandant.

Contractul de mandat în cadrul căruia debitorul este mandant, inclusiv contractul de asistență juridică prin care se încredințează unui avocat asistența juridică și reprezentarea debitorului, este supus aceluiași prevederi de drept comun. Încetarea contractului de mandat antrenează astfel imposibilitatea mandantului de a fi angajat după deschiderea procedurii. Actele îndeplinite de mandatar *in bonis* nu pot angaja, așadar, debitorul aflat în procedură, acesta fiind în drept să invoce, direct sau prin intermediul lichida-

lucrătorilor; (2) Până la încetarea definitivă a personalității juridice a unei instituții cu privire la care se dispune dizolvarea și lichidarea, trebuie îndeplinite obligațiile care decurg din art. 2 și 3 din Directiva nr. 98/59. Obligațiile care revin angajatorului în temeiul acestor articole trebuie executate de conducerea instituției în cauză, cât timp aceasta rămâne în funcție, chiar cu competențe limitate în ceea ce privește administrarea respectivei instituții, sau de lichidatorul acesteia, în măsura în care administrarea instituției menționate este preluată în totalitate de acest lichidator.

^[1] I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței (...)*, p. 547.

torului judiciar, nulitatea actelor îndeplinite de mandatar. Apreciem însă că invocarea nulității trebuie să urmărească interesul debitorului. Spre exemplu, acțiunea unui avocat mandatat anterior deschiderii procedurii de a reprezenta debitorul și de a întreprinde demersurile în vederea prezentării de probe utile cauzei și cu privire la care debitorul ar fi fost decăzut până la următorul termen de judecată, nu justifică anularea operațiunii, ci, dimpotrivă, confirmarea mandatului și, implicit, a actelor realizate în executarea acestuia, de către actualul reprezentant legal al debitorului (lichidatorul judiciar).

Aplicarea regulii încetării efectelor mandatului din ziua deschiderii procedurii generează așadar anumite dificultăți. Astfel, mandatarul este răspunzător pentru vătărămintele ce trebuie să le facă debitorului (mandantului) în executarea mandatului, după deschiderea procedurii. În acest sens, s-a admis că^[1], în condițiile în care mandatul a fost dat de debitor în interesul comun al acestuia și al mandatarului sau al unui terț, trebuie acceptat că actele întreprinse de debitor după deschiderea procedurii, respectiv consecințele acestor acte, trebuie asumate de masa creditorilor (spre exemplu, plățile efectuate de mandatar după data deschiderii procedurii).

§8. Contractul de societate

34. Debitorul aflat în încetare de plăți poate fi la rândul său angajat într-o relație de asociere, având calitatea de asociat cu răspundere limitată ori nelimitată sau de acționar.

Conform prevederilor Legii nr. 31/1990 privind societățile (art. 229), falimentul unui asociat conduce *ope legis* la dizolvarea terței societăți în următoarele cazuri: societatea în nume colectiv sau cu răspundere limitată care, urmare a falimentului, rămâne cu un singur asociat; societățile în comandită când falimentul privește pe unicul asociat comanditat sau comanditar; societatea cu răspundere limitată cu asociat unic, în cazul falimentului acestuia. În mod evident, doar în cazul în care debitorul se găsește în procedură de faliment (în procedură generală sau simplificată) se poate vorbi despre dizolvarea de drept a societății în care este asociat. În toate celelalte cazuri, și în special în reorganizare, decizia privind soarta participațiilor debitorului în alte societăți comerciale trebuie elaborată luându-se în considerare principiul maximizării averii debitorului^[2], precum și eventualele prevederi ale planului de reorganizare.

Potrivit dispozițiilor art. 130 din Codul insolvenței, în cazurile în care un asociat dintr-o societate agricolă, societate în nume colectiv, societate în comandită ori cu răspundere limitată sau acționarul unei societăți pe acțiuni este debitor într-o procedură prevăzută de Legea insolvenței și dacă implicarea debitorului într-o astfel de procedură nu atrage dizolvarea acelei societăți, administratorul sau lichidatorul judiciar poate cere lichidarea drepturilor debitorului în acea societate, potrivit ultimei situații financiare aprobate, sau poate propune ca debitorul să fie păstrat asociat, dacă ceilalți asociați sunt de acord. Legea se referă așadar la „lichidarea drepturilor debitorului” în respectiva societate, operațiune care se poate realiza pe calea vânzării/cesiunii titlurilor sale de participare în modalitatea în care aduce cea mai mare valoare averii debitorului și permite continuarea activității de lichidare în cele mai bune condiții.

^[1] B. Soinne, *Traité théorique et pratique des procédures collectives (commentaires et formules)*, Litec, Paris, 1987 p. 545.

^[2] În același sens, Programul Phare 2002, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment – Manual de bune practici în insolvență, p. 105.

În mod frecvent, vânzarea acestor participații nu aduce o valoare importantă averii debitorului datorită condițiilor impuse la vânzare. Practicianul în insolvență ar trebui să identifice persoanele interesate în a achiziționa aceste titluri de valoare, persoane care însă doresc să își creeze o anumită majoritate în societate, pentru a o controla, a impune adoptarea unor decizii etc.^[1]

În ceea ce privește condițiile realizării operațiunii de lichidare a participațiilor debitorului, apreciem că acestea trebuie să respecte eventualele clauze de preferință sau de agrement dintre asociați, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar fiind chemat în aceste cazuri să ofere părțile sociale/acțiunile mai întâi spre vânzare actualilor asociați, la valoarea de piață rezultată din evaluare.

În cazul societăților în care caracterul *intuitu personae* este întărit și prin voința părților, prin prevederi statutare ce susțin unanimitatea în adoptarea deciziilor, se poate ridica problema validității actului de înstrăinare al titlurilor de participare ale debitorului realizat de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, în condițiile refuzului autorizării cesiunii de către ceilalți asociați. Apreciem că, în condițiile în care procedura de vânzare a fost transparentă și a respectat eventualul drept de preemțiune la cumpărare al asociaților existenți la data vânzării, interesul general va prevala, iar vânzarea realizată de lichidatorul judiciar va trebui considerată validă.

Deschiderea procedurii insolvenței (și cu atât mai mult cea a falimentului) împotriva unui asociat ar trebui să conducă obligatoriu la discutarea oportunității păstrării calității de asociat/acționar a acestuia, inițiativa achiziționării participațiilor deținute de către debitor putând aparține și celorlalți asociați^[2], interesați în clarificarea situației deținerilor de participații în societate într-un termen cât mai scurt.

De asemenea, în cazul reorganizării, opțiunea pentru lichidarea drepturilor asociatului va fi oportună dacă ar avea drept consecință refinanțarea continuării activității. Mai mult, în acest caz, lipsa acordului celorlalți asociați poate fi suplinit, cel puțin în ceea ce privește planul propus de creditor, prin includerea modificării de acționariat în planul de reorganizare, cu aplicarea dispozițiilor art. 133 alin. (5) lit. I) din Codul insolvenței.

Secțiunea a 6-a. Modificarea impusă a contractului în procedura insolvenței

35. În dreptul comun, dinamismul conceptului de „*modificare impusă a contractului*” se manifestă în special în ceea ce privește textele internaționale și proiectele europene, așa cum este cazul Convenției de la Viena referitoare la comerțul internațional de mărfuri^[3], care permite cumpărătorului să reducă proporțional prețul mărfurilor necorespunzătoare sau al Principiilor de drept european al contractelor, care prevăd că cel ce a acceptat o ofertă de executare neconformă poate să reducă prețul proporțional cu diferența dintre valoarea prestației și cea a ofertei de executare conforme.

[1] Programul Phare 2002, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment – Noțiuni de economie aplicate procedurii de insolvență, p. 356.

[2] R. Bufan, Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 249.

[3] Convenția Națiunilor Unite asupra contractelor de vânzare internațională de mărfuri, adoptată la Viena, pe 11 aprilie 1980 și intrată în vigoare la 1 ianuarie 1988, a fost ratificată de România prin Legea nr. 24/1991.

Dreptul francez face distincția între modificarea impusă a contractului și refacerea contractului, care, în opinia autorului francez G. Cornu^[1], implică „realizarea unui nou contract destinat să înlocuiască contractul anterior” și care decurge din dorința de modificare a relației contractuale existente. Spre deosebire de noțiunea de refacere a contractului, noțiunea de modificare impusă a contractului nu dă naștere unui contract nou, ci, dimpotrivă, menține situația contractuală preexistentă, respectând, în același timp, manifestarea de voință inițială a părților contractante.

În practică, modificarea impusă a contractului se datorează adesea inițiativei uneia dintre părțile contractante care, unilateral, va scădea prețul bunurilor ce i-au fost livrate pentru că acestea nu corespund standardelor obișnuite. Această acțiune, deși nereglementată legal, a fost consacrată de jurisprudența franceză, fiind tratată cel mai adesea ca o sancțiune mai puțin riguroasă decât rezoluțiunea contractului aplicabilă în cazul neexecutării contractului. Astfel, modificarea impusă a contractului constituie, la fel ca și sancțiunile legale prevăzute în caz de neexecutare contractuală sau în cazul raportului contractual devenit ilicit, un mod de reglare specific al litigiilor, în măsura în care acest procedeu permite cu prioritate executarea obligațiilor contractuale.

Codul insolvenței, corelând art. 123 alin. (5) cu dispozițiile art. 1.271 NCC, permite administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar ca, în virtutea principiului *qui potest plus potest minus*, să modifice clauzele contractelor încheiate de debitor astfel încât acestea să asigure echivalența viitoarelor prestații.

Necesitatea acordului contractanților cu privire la modificare este astfel atenuată prin acordarea posibilității de realizare a acelor modificări care, reaşezând contractul, permit acestuia să servească cel mai bine scopului urmărit de legiuitor. Asemenea modificări, fără a determina redefinirea relației contractuale, sunt de natură să o echilibreze, astfel încât aportul adus de contractul menținut în procedura insolvenței să fie real. Apreciem că astfel se creează premisele menținerii unui număr mai însemnat de contracte, derularea în continuare a relațiilor de afaceri neputând fi decât benefică tuturor părților. Refuzul contractantului de a accepta modificarea impusă de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar se va analiza de către judecătorul-sindic în cadrul unei cereri întemeiate pe art. 123 alin. (5) care apreciem că ar trebui formulată în cadrul aceluiași termen de 3 luni de la deschiderea procedurii insolvenței împotriva debitorului.

Secțiunea a 7-a. Posibilitatea cesiunii contractelor, cu excepția celor intuitu personae

36. Conceptul de *cesiune de contract*, deși nereglementat legal sub imperiul Codului civil de la 1864, a ținut să dobândească autonomie datorită utilității sale. Acesta este motivul pentru care legiuitorul din 2009 a consacrat acestei instituții Secțiunea a 8-a din Titlul II Cartea a V-a „Despre obligații” din noul Cod civil român.

^[1] G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, V. *Réfaction*, citat în K. *Asuncion de la Planes*, *La réfaction du contrat*, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 4.

Față de definirea noțiunii prin art. 1.315 NCC^[1], s-a arătat^[2] că cesiunea de contract este translativă de poziție contractuală, în sensul că cesionarul ia locul convențional al cedentului, în timp ce acesta din urmă părăsește terenul contractual, fiind liberat.

Cesiunea operează asupra contractului în integralitatea sa, înlocuirea cedentului cu cesionarul realizându-se sub condiția obținerii acordului părții cedate care participă activ la formarea cesiunii în două etape: realizarea acordului între cedent și cesionar și, ulterior, realizarea acordului între cesionar și cedat, într-o progresivă formare a contractului.^[3] Același autor arată că cesiunea de contract reprezintă un mecanism convențional având ca finalitate înlocuirea unui subiect al raportului juridic, sens în care propune abandonul termenului de „cesiune” și înlocuirea acestuia cu cel de „substituire a contractantului”. Părțile pot reglementa contractual, încă de la semnarea contractului, condițiile necesare realizării cesiunii acestuia sau pot elimina necesitatea obținerii oricărui acord din partea celeilalte părți cu ocazia cesiunii.

Codul insolvenței consacră, prin art. 123 alin. (10), posibilitatea cesionării contractelor în derulare către terți, cu condiția ca acele contracte să nu fi fost încheiate *intuitu personae* potrivit prevederilor Codului civil. În mod firesc, cesiunea se va putea realiza doar pentru realizarea scopului maximizării averii debitorului sau în situația în care contractul nu mai poate fi executat, modificându-se condițiile avute în vedere de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar cu ocazia exercitării opțiunii.

^[1] Noul C. civ., art. 1315 „(1) O parte poate să își substituie un terț în raporturile născute dintr-un contract numai dacă prestațiile nu au fost încă integral executate, iar cealaltă parte consimte la aceasta. (2) Sunt exceptate cazurile anume prevăzute de lege”.

^[2] I. Turcu, Noul Cod civil Legea nr. 287/2009. Cartea V. Despre obligații art. 1164-1649. Comentarii și explicații. Ed. C.H. Beck, București, 2011 p. 379.

^[3] I. Turcu, Tratat teoretic și practic de drept comercial, vol. III, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 374.

CAPITOLUL XI. REORGANIZAREA

Secțiunea 1. Geneza instituției

§1. Bankruptcy Code – Chapter 11

1.1. Scurte considerații privind cadrul legal al procedurii de insolvență al Statelor Unite ale Americii

1. După cum este știut, o importantă sursă de inspirație a legislației românești în materia reorganizării o reprezintă sistemul american al *Bankruptcy Code*, acestuia datorându-i-se cele mai importante principii care guvernează astfel de proceduri în legislația noastră.

O analiză succintă a legislației Statelor Unite în materia reorganizării relevă faptul că o serie de instituții și principii au fost preluate și transpuse integral în legislația noastră, cele mai cunoscute fiind cele legate de suspendarea automată a oricăror proceduri execuționale sau de realizare a creanțelor împotriva debitorului – *automatic stay*; regula nedesesizării debitorului aflat în reorganizare – *debtor in possession*; posibilitatea anulării transferurilor frauduloase – *avoidance powers* și *avoidable transfers* sau principiul tratamentului echitabil și corect – și care reprezintă sistemul de referință la care se raportează, în toate cazurile, viabilitatea planului de reorganizare, prin stabilirea despăgubirilor pe care creditorii le primesc într-o procedură de reorganizare comparativ cu ceea ce ar primi într-o procedură de faliment.

Filosofia legislației Statelor Unite în materia reorganizării este centrată în jurul acordării celei de-a doua șanse debitorului, acestei abordări datorându-i-se posibilitatea – și în legislația noastră – a eliminării unei părți importante a pasivului în lipsa căreia debitorul nu s-ar putea reorganiza – operațiune cunoscută sub numele de „*hair-cut*” – mai exact a eliminării, prin planul de reorganizare, a creanțelor acelor creditori care oricum nu ar fi primit nimic în caz de faliment.

Rațiunea sacrificării unei/unor categorii de creditori, în sensul reducerii valorii creanțelor acestora sau chiar a eliminării unora din aceste creanțe, rezidă în faptul că, oricum, acești creditori pe de o parte nu ar primi nimic, ar primi mai puțin sau egal în caz de faliment, iar menținerea în circuitul comercial a antreprenorului are efecte benefice la nivel macro-economic, prin crearea de locuri de muncă, plata de contribuții/impozite și menținerea unui climat de afaceri sănătos în rândul partenerilor contractuali.

Această filosofie este redată, într-o manieră extrem de sugestivă, într-o decizie a Curții Supreme a Statelor Unite, pronunțată încă din anul 1934 și în care se subliniază faptul că procedura reorganizării „dă debitorului onest aflat într-o situație nefericită, o

noastră oportunitate în viață și orizont liber viitoarelor sale eforturi, nemarcate de presiunea și descurajarea generate de debitele preexistente”^[1].

În procedurile de insolvență americane instanțele sunt specializate, au propriile lor grefe, iar persoana autorizată cu putere de decizie în cazurile de faliment este judecătorul federal (*US bankruptcy judge*).

În *US Bankruptcy Code* există prevăzute șase cazuri diferite de insolvență, diferențiate în funcție de domeniile pe care le reglementează, denumite în funcție de capitolele în care sunt cuprinse. La rândul lor, aceste cazuri se subclasifică în două mari categorii: cele care reglementează reorganizarea și cele care reglementează falimentul.

Asfel, *Chapter 7* reglementează lichidarea averii debitorului falit, *Chapter 9*, reorganizarea primăriilor și a municipalităților, *Chapter 11* reglementează reorganizarea companiilor și a persoanelor fizice, *Chapter 12* reglementează reorganizarea agricultorilor persoane fizice, iar *Chapter 13* reglementează reorganizarea persoanelor fizice cu venituri regulate (*individual adjustment debts*) având debite negarantate de până la 336.900 USD și debite însoțite de garanții de până la 1.010.650 USD [plafonul este modificabil în funcție de inflație (*n.n.*); raportarea a fost făcută la finele anului 2007].

Chapter 15 reglementează separat cazurile de insolvență transfrontalieră (*cross-border insolvency cases*).

Congresul American, în urma autorizării date prin Constituția Statelor Unite privind uniformizarea legislativă în domeniul falimentului, a emis în anul 1978 Codul Falimentului American, toate cazurile de insolvență fiind guvernate de către legea federală uniformă, iar aspectele procedurale ale procesului de insolvență fiind guvernate de legile federale ale procedurii și de legile locale^[2].

Scopul fundamental al legilor federale de faliment este să asigure debitorilor un nou început al afacerilor (*fresh start*), eliberat de povara datoriilor. Principiul priorității reorganizării față de faliment, deși nescris, guvernează procedurile de insolvență americane, practica statuând prevalența reorganizării în detrimentul falimentului, întrând în procedură de lichidare, conform *Chapter 7*, doar acele entități la care reorganizarea a eșuat.

1.2. Cererea de reorganizare

2. Similar legislației noastre, petiția de reorganizare poate fi voluntară – la cererea debitorului –, sau provocată, dacă aceasta aparține unui creditor. Spre deosebire de legea română, reorganizarea conform *Chapter 11* se aplică nu numai companiilor, societăților civile, dar și *persoanelor fizice* care nu mai fac față obligațiilor pecuniare asumate. Petiția trebuie să fie însoțită, cu mici excepții, de aceleași documente solicitate potrivit legii române, cum ar fi: lista datoriilor, lista principalelor active, lista cuprinzând creditorii, situația veniturilor și a cheltuielilor, situația contractelor în curs de executare, precum și a leasingurilor, declarația financiară etc.

Pentru persoanele fizice sunt necesare documente suplimentare, cum ar fi certificatul de consiliere de creditare emis de către o agenție autorizată, dovada plăților făcute de către angajator, declarația cuprinzând estimarea veniturilor viitoare etc. Soțul și soția au posibilitatea introducerii unei petiții comune sau separate.

^[1] „It gives to the honest but unfortunate debtor (...) a new opportunity in life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of preexisting debt”. *Local Loan Co. v. Hunt*, 292 U.S. 234, 244 (1934)”.

^[2] <http://uscourts.gov/bankruptcy courts/bankruptcybasiscs/chapter11.html>.

1.3. Competența

3. În general, ca și în legislația română, competența de soluționare a cazurilor de *Chapter 11* aparține instanței sediului debitorului. Spre deosebire însă de legea română, care acordă competență de soluționare exclusivă tribunalului în circumscripția căruia își are sediul debitorul, legea americană permite alegerea oricărei instanțe de pe teritoriul Statelor Unite.

Aceasta întrucât, așa cum arătam *supra* 1.1., judecătorul de faliment este judecător federal, el neavând o competență statală limitată, putând judeca orice fel de cazuri de faliment, indiferent de sediul debitorului. Pentru fiecare district din Statele Unite există câte o instanță de faliment, fiecare stat având unul sau mai multe asemenea districte, în total fiind 90 de astfel de districte.

Date fiind diferitele interpretări ale instanțelor de faliment asupra diverselor chestiuni legate de procedura planului de reorganizare, precum și reputația de care se bucură anumite instanțe mai „prietenoase” cu debitorul (*debtor friendly*), alegerea poate să aibă un impact marcant asupra desfășurării procedurii conform *Chapter 11*. Spre exemplu^[1], districtul de Sud al New York-ului și instanța din Delaware sunt considerate a fi, de mult timp, locul favorit pentru cazuri de *Chapter 11*. La această statistică contribuie statutul recunoscut al orașului New York, de capitală financiară americană, faptul că instanțele de faliment de acolo, spre deosebire de altele, prezidează în mod regulat cazuri ample de *Chapter 11*, ceea ce explică dorința marilor companii de a aplica pentru cazurile de reorganizare la aceste instanțe.

La alegerea locului favorit de soluționare a cauzelor de *Chapter 11* este avut în vedere și locul în care compania debitoare a fost fondată, iar întrucât marea majoritate a companiilor este înființată în Delaware, este explicabil de ce și aici au fost desfășurate adevărate cazuri de răsunet. Invocarea locului înființării companiei drept criteriu pentru alegerea instanței a fost deseori criticată de specialiști, întrucât ignoră detalii mai importante, cum ar fi faptul că majoritatea creditorilor sau a bunurilor companiei debitoare sunt situate în alte state, motiv pentru care, prin modificările aduse Legii americane a falimentului în anul 2005, acest unic criteriu de alegere – statul de încorporare – nu poate constitui baza alegerii instanței.

Un caz de faliment, cu excepția celor de insolvență transfrontalieră prevăzute de *Chapter 15*, poate fi deschis în orice instanță districtuală federală în care se află – domiciliul, reședința, locul principalelor interese sau cele mai importante active ale debitorului – din Statele Unite.

Există situații în care mai multe instanțe deopotrivă îndeplinesc aceste cerințe. În aceste condiții, orice parte interesată sau instanța din oficiu poate solicita transferul cauzei către cealaltă instanță; dacă această măsură este în interesul justiției sau al părților implicate, instanța aprobă transferul.

1.4. Participanții la procedură

4. După cum se știe, legea română nominalizează participanții la procedură ca fiind instanțele de judecată și administratorul judiciar/lichidatorul – în calitate de organe care aplică procedura – precum și comitetul creditorilor, adunarea creditorilor și administratorul special. Și potrivit legii americane avem aceiași participanți, cu mențiunea că

^[1] M.G. Douglas, Business restructuring review – choice of bankruptcy venue, www.jonesday.com.

administratorul judiciar de caz este numit doar în cazuri izolate, cel care supraveghează întreaga procedură de reorganizare, conform *Chapter 11*, fiind administratorul federal (*US Trustee*). Astfel, alături de judecătorul federal, un loc important îl ocupă *US Trustee* – care este un funcționar federal al Departamentului de Justiție, responsabil pentru supravegherea cazurilor de faliment și monitorizarea planului de reorganizare.

Trustee case – corespondentul administratorului judiciar în legislația noastră, este o persoană fizică sau juridică desemnată în toate cazurile de *Chapter 7, 12, 13* și doar izolat, în cauzele de *Chapter 11*, și anume doar în cazuri de fraudă, incompetență sau lipsă de onestitate a debitorului, la cererea oricărei părți interesate sau a lui *US Trustee* și sub rezerva aprobării de către Curte.

În anumite cazuri, este desemnat un *examinator*, ale cărui atribuții sunt determinate de către instanță în funcție de cazul concret, și al cărui principal rol este să investigheze, la cerere, activitatea administratorului judiciar, caz în care trebuie să depună rapoarte cuprinzând rezultatele investigațiilor. Examinatorului îi este interzis să îndeplinească, ulterior, funcția de administrator judiciar al debitorului.

Spre deosebire de legea română privind procedura reorganizării, unde deciziile importante cu privire la procedură se iau de către creditori prin organele acestora – comitetul creditorilor și adunarea creditorilor, în cazurile de *Chapter 11*, deși creditorii beneficiază de multe prerogative, trebuie subliniat faptul că dreptul de veto cu privire la plan, precum și la orice chestiune importantă legată de plan, aparține judecătorului de faliment. Astfel, judecătorul federal poate decide asupra oricăror aspecte legate de dosarul de insolvență, cum ar fi dreptul petentului de a adresa instanței o cerere de insolvență sau dreptul debitorului de a fi descărcat de anumite debite. Mai mult, în situația procedurii de reorganizare derulate conform procedurii prevăzute de *Chapter 11*, instanța de reorganizare are puterea suverană de a aproba un plan, chiar în pofida obiecțiunilor făcute de către categoriile de creditori prin votul negativ exprimat, în situația în care aceasta își formează convingerea intimă că acel plan este onest și este întocmit cu bună-credință, în interesul creditorilor.

5. *Cram down power* este acea instituție cuprinsă în *Chapter 11* care permite judecătorului de faliment să treacă peste voința creditorilor și să confirme un plan de reorganizare întocmit de către debitor, dacă acesta apreciază că planul este viabil și este întocmit cu bună credință.

Planul poate fi depus de către debitor, de către creditori sau de către administratorul judiciar. Potrivit legii americane, debitorul beneficiază de o perioadă de exclusivitate la depunerea planului de reorganizare, de 120 de zile, perioadă care poate fi redusă sau majorată de către Curte. În orice caz, planul nu poate fi depus mai târziu de 18 luni. După expirarea perioadei de exclusivitate stabilită de către Curte, un plan competitiv va putea fi depus de către creditori. Legea americană nu prevede un termen limită în care planul de reorganizare să fie executat, în lipsa intervenției creditorilor, acesta putând fi proiectat pe parcursul mai multor ani.

Debitorul sau persoana care propune planul trebuie să depună, alături de cererea de reorganizare, și un rezumat al planului, așa numita *disclosure statement*, document care trebuie să conțină în principiu aceleași informații cu privire la plan, astfel cum sunt detaliate în cuprinsul art. 133 din Codul insolvenței, cum ar fi programul de plăți, sursele de finanțare, adică acele informații care să permită creditorilor să-și formeze o opinie clară cu privire la posibilitatea practică a implementării unui plan de reorganizare.

Un aspect important referitor la procedura de reorganizare și care nu are un corespondent în legislația noastră îl constituie departajarea cazurilor de reorganizare în funcție de mărime: *Chapter 11* diferențiază între cazurile obișnuite de reorganizare și cele de mică mărime (*small business cases*), precum și de cele ale debitorilor cu un singur activ (*the single asset real estate debtor*). Cazurile din urmă prezintă anumite particularități care determină o rapiditate în desfășurare.

Cazurile de mică mărime sunt definite ca fiind cele cu afaceri de mic impact, iar determinarea criteriilor de clasificare a acestor cazuri se face prin aplicarea unui dublu test: în primul rând, debitorul trebuie să nu fie implicat în afaceri care să genereze debite mai mari decât suma de 2.190.000 USD, în al doilea rând, să nu fi fost desemnat un comitet al creditorilor sau cel desemnat să fi fost inactiv.

Disclosure statement nu mai este necesar a fi depusă în astfel de cazuri, dar pe tot parcursul procedurii debitorul trebuie să facă dovada cu acte a profitabilității sale și să raporteze periodic dacă este la zi cu plata impozitelor, micul debitor, spre deosebire de ceilalți debitori, urmând a fi supravegheat suplimentar de către administratorul judiciar.

1.5. Efectele deschiderii procedurii

6. Și în legislația americană, la fel ca în cea autohtonă, principalul efect al deschiderii procedurii îl constituie *suspendarea* oricăror acțiuni judiciare sau extrajudiciare de realizare a creanțelor împotriva debitorului, inclusiv a posibilității de notificare a debitorului, cu singura diferență majoră că procedura reorganizării, conform *Chapter 11*, începe odată cu depunerea cererii și nu cu sentința instanței privind deschiderea procedurii.

Potrivit legii americane, suspendarea acțiunilor creditorilor – *automatic stay* – intervine odată cu depunerea petiției. Și potrivit legii americane, ridicarea suspendării de către creditorii garantați poate fi cerută în aceleași cazuri ca și potrivit legii române, și anume când bunul asupra căruia poartă garanția nu este determinant pentru reușita reorganizării, caz în care bunul poate fi vândut de către acel creditor.

Desemnarea unui administrator judiciar/lichidator nu este obligatorie în cazurile aflate sub incidența *Chapter 11*, din contră, regula o constituie lipsa desemnării, debitorul fiind cel care exercită toate atribuțiile administratorului judiciar, conducerea afacerii rămânând în continuare acestuia (*debtor in possession*), beneficiind de toate prerogativele de care beneficiază cei nesuși procedurii de reorganizare, îndeplinind toate atribuțiile și având toate drepturile administratorului judiciar, cu excepția celor de investigare a propriei activități.

Debitorul poate folosi, vinde sau închiria bunurile proprietatea sa, fără o prealabilă încuviințare, dacă nu există interdicția Curții și dacă operațiunea se încadrează în sfera condițiilor obișnuite de exercitare a activității curente. Dacă operațiunea depășește sfera acestor activități, debitorul trebuie să ceară permisiunea instanței.

Totodată, potrivit legii americane, debitorul în posesie este cel care *poate introduce acțiunile în anularea transferurilor patrimoniale*, făcute înaintea depunerii cererii de reorganizare cu scopul readucerii bunurilor sau sumelor de bani în patrimoniu pentru a se achita datoriile către creditori, având ceea ce se cheamă *avoiding powers*. În general, *avoiding powers* se aplică transferurilor făcute în cele 90 de zile înaintea depunerii petiției, iar în cazul celor efectuate cu persoane apropiate debitorului, se aplică transferurilor făcute în urmă cu un an.

În situația desemnării unui *trustee*, acesta are posibilitatea solicitării de anulare a transferurilor făcute anterior depunerii cererii de reorganizare. Oricum ar fi, dacă debitorul refuză să introducă cererea de anulare a unui transfer făcut către o persoană afiliată (un *insider*), Curtea poate autoriza comitetul creditorilor să introducă aceste acțiuni.

Spre deosebire de legea română, care impune desemnarea unui administrator special care să conducă activitatea debitoare aflate în reorganizare, sub supravegherea administratorului judiciar, legea americană permite debitorului continuarea activității cu toate prerogativele conducerii activității. De asemenea, ca și în legislația noastră, debitorului îi este interzis să facă plata creanțelor anterioare deschiderii procedurii, dar poate să continue să plătească datoriile curente rezultate din derularea activității.

1.6. Mecanismele procedurii de reorganizare. Structura *Chapter 11*

7. Reorganizarea este prevăzută de *Chapter 11* din *US Bankruptcy Code*, care este structurat în patru subcapitole, cuprinzând: *participanții la procedură și administrarea, planul, executarea planului după confirmare și reorganizarea societăților de căi ferate*. Fiecare dintre aceste patru subcapitole se compune, la rândul său, dintr-o serie de subdiviziuni care reglementează amănunțit fiecare etapă distinctă a procedurii de reorganizare.

Toate etapele procedurii de reorganizare, începând cu indicarea persoanelor care propun un plan de reorganizare, conținutul planului, clasificarea categoriilor de creanțe, defavorizarea anumitor creditori, acceptarea, modificarea și confirmarea planului, cu excepția distribuțiilor, sunt detaliate în cuprinsul celui de-al doilea subcapitol al *Chapter 11 – The Plan*.

Putem susține că, în privința modului în care sunt concepute categoriile de creanțe, posibilitatea defavorizării unora, modalitatea de exprimare a votului (cu excepția confirmării planului) avem dispoziții legale care transpun fidel dispozițiile *Chapter 11*. Spre exemplu, planul trebuie să prevadă care sunt categoriile de creanțe, fiind incluse într-o categorie creanțele de același tip (garantate, negarantate, prioritare etc). Planul poate să defavorizeze anumite categorii de creanțe, fiind considerată defavorizată o categorie de creanțe dacă drepturile legale aferente acelei categorii sunt modificate, în orice mod, prin plan.

Cât privește modalitatea de aprobare a planului, potrivit legii americane, o categorie de creditori acceptă planul (sau este prezumată a-l fi acceptat) dacă deținătorii a cel puțin 2/3 din valoarea creanțelor și mai mult de jumătate din numărul creditorilor din acea clasă acceptă planul. Pentru a fi confirmat de către Curte, planul trebuie să fie votat de către o majoritate calificată de 2/3 din valoarea totală a creanțelor și 51% din totalul numărului de creditori. Iată deci că, potrivit dispozițiilor *Chapter 11*, condițiile de confirmare a unui plan sunt mai restrictive decât potrivit Codului insolvenței.

În ambele legislații regăsim noțiunile de *categorie de creanțe defavorizate*, precum și pe cea de *tratament echitabil și corect*, definițiile fiind, în mare măsură, similare. Aceeași succesiune cronologică a desfășurării procedurii planului o regăsim și în *Chapter 11*, admisibilitatea în principiu a planului, care a existat la un moment dat și în Legea nr. 85/2006, având echivalentul în ședința de aprobare a ceea ce se cheamă *disclosure statement*^[1], etapă anterioară celei a votării planului.

[1] A se vedea secțiunea nr. 1125 din *Chapter 11*.

1.7. Modificarea planului

8. Potrivit legislației americane, persoana care propune planul îl poate modifica ori-când înainte de confirmarea acestuia, cu condiția însă ca, prin modificările aduse, acesta să respecte cerințele impuse pentru admisibilitatea acestuia (cele prevăzute la secțiunea 1124 privind tratamentul echitabil și corect). Cel care propune planul sau debitorul poa-te modifica planul după confirmare și înainte de executarea substanțială a acestuia, dar nu va putea modifica planul dacă prin modificările aduse nu sunt respectate cerințele prevăzute la secțiunea privind admisibilitatea acestuia. Un asemenea plan modificat în condițiile de mai sus devine plan executabil doar în situația în care Curtea, după audiere, confirmă planul ca fiind modificat conform secțiunii 1129 din *Chapter 11*. Autorul modi-ficării va respecta dispozițiile privind informațiile pe care planul trebuie să le conțină și care trebuie să fie suficiente pentru a crea creditorilor o imagine cuprinzătoare asupra planului – *disclosure statement*.

Deținătorul creanței care a acceptat sau respins planul este considerat că își menține poziția sub rezerva modificării poziției acestuia în termenul fixat de instanță.

§2. Dreptul francez (*le règlement judiciaire*)

9. Cadrul legal al *procedurii de reorganizare judiciară în sistemul de drept francez* este reglementat de Legea nr. 2005/845/26 iulie 2005 privind salvarea întreprinderilor^[1] modificată de Ordonanța nr. 2008-1345/18 decembrie 2008 și completată de Ordonanța nr. 2009-1121/30 ianuarie 2009, Decretul nr. 2009-160/12 februarie 2009 și Actul nr. 2009-526/12 mai 2009.

2.1. Persoanele ce pot fi supuse procedurii de reorganizare

10. Procedura reorganizării judiciare poate fi deschisă asupra debitorului care desfășoară o activitate comercială sau artizanală, fermierilor sau alor persoane fizice care desfășoară activități independente, inclusiv profesii libere supuse unui statut legis-lativ sau regulamentar, precum și oricăror persoane juridice de drept privat.

2.2. Cererea privind deschiderea procedurii

11. Spre deosebire de legislația română, lista persoanelor care au dreptul să ceară deschiderea procedurii de insolvență este mai extinsă, cuprinzând atât debitorul și credi-torii, cât și Ministerul Public și instanța de judecată *din oficiu* – aceasta întrucât sindicatul poate informa președintele instanței de judecată sau procurorul în legătură cu orice as-pecte relevante care demonstrează starea de încetare de plăți a debitorului.

2.3. Participanții la procedura de insolvență

12. Și în ceea ce privește participanții la procedura de insolvență există o diferență față de sistemul legislativ român, prin faptul că la deschiderea procedurii de reorganizare

^[1] Descrierea regimului juridic al procedurii de reorganizare a fost preluat din Raportul intitulat *Harmoniza-tion of Insolvency Law at EU Level*, emis de către Directorate – General for Internal Policies, Policy Deparatment, Citizen's Rights and Constitutional Affairs, sub egida Parlamentului European, 2010, p. 60 și urm.

judiciară instanța numește unul sau mai mulți *mandatari judiciari* („*mandataires judiciaires*” și unul sau mai mulți *administratori judiciari* („*administrateurs judiciaires*”).

Mandatarul judiciar poate fi propus instanței de judecată de către procuror, în cursul perioadei de observație. Importanța mandatarilor judiciari reiese și din faptul că, în cazul societăților mici (cu mai puțin de 20 de angajați și o cifră de afaceri netă mai mică de 3.000.000 Euro), nu este obligatorie numirea de către instanță a unui administrator judiciar, iar puterile acordate administratorului judiciar cu privire la planul de reorganizare revin în această situație mandatarului judiciar.

De asemenea, tot în materia participanților la procedura de insolvență, există posibilitatea numirii de către judecător a unui număr de cinci „*controlori*” („*commissaire à l'exécution du plan*”) din cadrul creditorilor care își manifestă intenția în acest sens, având grijă ca cel puțin unul dintre aceștia să fie ales dintre creditorii garantați și cel puțin unul dintre aceștia dintre creditorii negarantați. Creditorii care au calitatea de controlori asistă mandatarul judiciar în exercitarea funcțiilor sale și pe judecătorul-sindic în supervizarea administrării activității debitorului.

2.4. Deschiderea procedurii de reorganizare

13. În cadrul procedurii de reorganizare, instanța de judecată va determina *data încetării plăților*. În cazul imposibilității determinării acesteia, data încetării plăților va fi considerată aceea a pronunțării sentinței care statuează acest fapt. Data încetării plăților poate fi modificată, însă nu poate fi considerată anterioară cu mai mult de 18 luni de la data pronunțării sentinței care atestă starea de încetare a plăților.

În ceea ce privește desfășurarea propriu-zisă a procedurii, instanța de judecată va pronunța în cameră de consiliu o hotărâre privind deschiderea procedurii de reorganizare numai cu citarea debitorului sau a reprezentanților sindicatului sau, în lipsa unui sindicat, a delegaților angajaților.

Ulterior pronunțării hotărârii, instanța de judecată va desemna un judecător care va aduna informații privind aspectele financiare și economice ale activității debitorului, precum și situația angajaților acestuia. Judecătorul va stabili o *perioadă de observație* care nu poate depăși șase luni, cu posibilitatea prelungirii, o singură dată, la cererea administratorului judiciar, a debitorului sau a procurorului.

De asemenea, o particularitate a legislației franceze, comparativ cu legislația română, o constituie *închiderea procedurii de insolvență în cursul perioadei de observație*, la cererea debitorului, în măsura în care instanța de judecată constată că debitorul are totuși suficiente fonduri pentru plata creanțelor și a taxelor aferente procedurii. De asemenea, în cursul perioadei de observație, instanța de judecată, pe baza rapoartelor primite de la administratorul judiciar, a punctului de vedere al procurorului și după ascultarea oricăror persoane interesate în procedura de insolvență, poate decide, în cameră de consiliu, continuarea activității debitorului în măsura în care constată că acesta deține suficiente resurse financiare, reprezentând astfel a treia posibilitate a pasului imediat următor încheierii perioadei de observație. Această posibilitate legală a închiderii procedurii în perioada de observație, a fost preluată și în noua reglementare a legii românești, prin prevederile art. 178 din Codul insolvenței, dar puțin nuanțat, în sensul în care este posibilă închiderea procedurii fără radierea debitorului, în condițiile în care se realizează fie achitarea integrală a creanțelor înregistrate în tabelul definitiv, fie se renunță la judecată de către acești creditori.

2.5. Efectele deschiderii procedurii

14. La fel ca și în legislația română, legislația franceză prevede ca principal efect al deschiderii procedurii de insolvență suspendarea dreptului creditorilor de a declanșa orice acțiune judiciară sau extrajudiciară pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau a bunurilor sale. De asemenea, hotărârea privind deschiderea procedurii de insolvență interzice, ca regulă, în mod automat plata oricăror creanțe anterioare sau ulterioare hotărârii.

2.6. Planul de reorganizare

15. În privința *planului de reorganizare*, spre deosebire de legislația autohtonă, durata planului de reorganizare va fi fixată de către instanță, neputând fi mai mare de 10 ani. În ipoteza în care debitorul este un fermier, durata planului de reorganizare poate ajunge la 15 ani.

În cadrul executării planului de reorganizare, prima plată efectuată nu poate fi planificată a avea loc la mai târziu de 1 an de la aprobarea planului.

2.7. Prioritatea creanțelor în cadrul procedurii de reorganizare

16. În cadrul procedurii de reorganizare, creanțele vor fi achitate în următoarea ordine: (i) creanțele de natură salarială; (ii) impozitele și taxele datorate, în general aferente perioadei *ulterioare* deschiderii procedurii de reorganizare; (iii) creanțele care au fost incluse într-o convenție confirmată de instanța de judecată în cadrul procedurilor de conciliere (extrajudiciare) având în vedere calitatea titularilor de creditori care au adus o nouă finanțare ori care furnizează servicii sau produse în favoarea debitorului în vederea continuării și a asigurării viitorului activității acestuia pe termen lung; (iv) creanțele care s-au născut ulterior deschiderii procedurii de reorganizare; (v) creanțele care s-au născut anterior deschiderii procedurii de reorganizare (chiar și pentru creanțele garantate).

Secțiunea a 2-a. Concepția și reglementarea reorganizării în viziunea Legii nr. 64/1995 și a Legii nr. 85/2006

§1. Elemente de referință

17. Pornind de la scopul reglementării, Legea nr. 64/1995 considera procedura reorganizării ca o alternativă la procedura de faliment^[1]. Astfel, conform dispozițiilor art. 2 din acest act normativ „obiectul legii este instituirea unei proceduri de reorganizare, având ca scop redresarea debitorului și plata pasivului sau lichidarea averii debitorului”.

Subiectele îndreptățite a depune un plan de reorganizare erau următoarele: (i) debitorul – ca urmare a depunerii anterior a unei declarații de reorganizare; (ii) creditorii titulari a cel puțin o treime din valoarea creanțelor garantate sau creditorii chirografari – alții decât cei subordonați –, titulari a cel puțin o treime din valoarea creanțelor negarantate, precum și (iii) asociații din societățile în nume colectiv, asociații comanditați din societățile în comandită și acționarii titulari a cel puțin o treime din capitalul social al unei societăți pe acțiuni.

[1] N. Tădăreanu, *Procedura reorganizării judiciare*, Ed. All Beck, 2000, p. 167.

În privința *conținutului planului de reorganizare*, acesta menționa în sens larg elementele definitorii, și anume perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile și specificul activității debitorului, cu mijloacele financiare disponibile și cu cererea pieței față de oferta debitorului, precum și, în ipoteza în care se prevedeau restrângeri de personal din rațiuni economice, indicarea măsurilor deja luate, cu expunerea acțiunilor și a perspectivelor de natură să ducă la reorientarea profesională a personalului (art. 56 și art. 57 din Legea nr. 64/1995).

Profesorul I. Turcu sintetiza extrem de concis aspectele principale pe care trebuia să le prevadă planul de reorganizare^[1], astfel: „(a) aspectul financiar, care privește modul în care vor fi plătite obligațiile debitorului față de creditori (termenele în care se vor efectua plățile, reducerile unora dintre datorii etc.), mijloacele financiare cu care vor fi stinse creanțele (vânzarea unor active patrimoniale, recapitalizarea societății prin noi aporturi ale asociaților sau acționarilor pentru majorarea capitalului social, garanțiile pe care le poate oferi debitorul din propria avere sau din partea altor persoane pentru executarea planului; (b) aspectul economic, care indică structura funcțională și specificul activității debitorului în viitor, în raport de șansele de redresare și de sursele de finanțare și măsurile de reorganizare și de reorientare a profilului economic; (c) aspectul social, care se referă la numărul de salariați și categoriile de salariați care vor fi supuse reducerii în prima etapă, perspectivele reangajărilor în perioada următoare și măsurile de reorientare profesională a personalului disponibilizat”.

Inițial, *procedura de aprobare a planului de reorganizare* prevedea două etape: (i) admiterea în principiu^[2], în care se verifica dacă planul era formulat și depus de către persoanele deținând calitate procesuală activă în acest sens, precum și existența tuturor informațiilor impuse de lege și (ii) confirmarea planului de reorganizare.

18. Legea nr. 64/1995 a prevăzut, încă de la început, rolul *expertului* în confirmarea posibilității de realizare a planului, înainte de admiterea lui. Astfel, s-a subliniat^[3] rolul decisiv al acestui aspect de fond, considerat a viza „realismul planului, adică posibilitatea de realizare a acestuia”. În timp, prin modificările legislative aduse, profilul profesional al expertului a fost modificat, în sensul în care acesta trebuia să fie „practician în reorganizare și lichidare autorizat”. Ulterior, prin Legea nr. 149/2004, au fost eliminate prevederile art. 62 din Legea nr. 64/1995, care confereau posibilitatea judecătorului-sindic de a solicita părerea acestui expert, considerându-se astfel că judecătorul-sindic nu mai deținea atribuția controlului fezabilității planului, însă putea impune debitorului unele condiții sau limitări, concordante cu planul confirmat.

Interesant este faptul că, dacă Legea nr. 85/2006 a reintrodus posibilitatea judecătorului-sindic de a apela la „opinia unui practician în insolvență privind posibilitatea de

^[1] I. Turcu, *Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 268-269.

^[2] În literatura de specialitate (A. Stănescu, S. Miloș, S. Dumitru, O. Milu, *Planul de reorganizare. Reorganizarea*, Universul Juridic, 2013, p. 100), s-au exprimat rezerve față de utilitatea acestei proceduri: „Dincolo de aspectul absolut formal al acestei proceduri, concretizat în verificarea sumară a condițiilor de admisibilitate ale planului propus, această etapă obligatorie ce trebuie parcursă nu își justifică, în opinia noastră, aplicabilitatea, fiind în mare măsură consumatoare de timp, cu atât mai mult cu cât în acest moment procedural judecătorul-sindic este reticent în a respinge un plan de reorganizare care, deși conține toate informațiile impuse de textul art. 95 din lege, este unul fantezist, preferând să lase decizia respingerii planului pe seama votului creditorilor ce se va exprima în adunarea creditorilor de aprobare a planului de reorganizare”.

^[3] N. Tăndăreanu, op. cit. p. 201.

realizare a planului, înainte de confirmarea lui”, Codul insolvenței a preferat denumirea de *specialist* – art. 139 alin. (1).

Categoriile care votau planul de reorganizare erau următoarele: (i) fiecare creditor a cărui creanță garantată depășește 10% din valoarea tuturor creanțelor împotriva averii debitorului; (ii) oricare alți creditori având creanțe garantate; (iii) creditorii cu creanțe izvorând din contracte de muncă, pe o perioadă de cel mult 6 luni înainte de începerea procedurii; (iv) creditorii chirografari, precum și, dacă erau îndreptățiți să voteze, acționarii/asociații și creditorii subordonați.

De remarcat este, la acel moment, prevalența acordată planului debitorului, dacă mai multe planuri puteau fi confirmate [art. 64 alin. (3) din Legea nr. 64/1995]. În literatura de specialitate a fost argumentat în sensul că „debitorul este cel mai interesat în reorganizarea activității sale și totodată cel mai în măsură să propună un plan viabil, bazat pe cunoașterea concretă a activității sale și a perspectivelor viitoare^[1]”.

Odată confirmat planul de reorganizare, tribunalul putea dispune ca judecătorul-sindic să supravegheze activitatea debitorului până la îndeplinirea schimbărilor de structură prevăzute în plan, dar nu mai mult de un an de la confirmarea acestuia. De asemenea, dacă se constata o redresare a activității și o creștere a cuantumului sumelor care urmau a fi distribuite creditorilor, tribunalul putea dispune prelungirea perioadei de reorganizare – total sau în parte – pentru o durată de cel mult un an, desemnând o persoană care să conducă activitatea.

A existat la un moment dat – deși cu o scurtă perioadă de supraviețuire legislativă – o dispoziție normativă care stabilea raportarea la un plafon din totalul masei credale pentru confirmarea planului de reorganizare. Astfel, în ipoteza în care se forma o singură categorie de creanțe, planul putea fi confirmat prin votul favorabil a 75% din totalul creanțelor.

19. Legea nr. 85/2006 a adus câteva modificări de substanță în ceea ce privește procedura reorganizării, în acord cu evoluțiile și schimbările aferente mediului de afaceri. Astfel, termenul de implementare a planului de reorganizare a fost extins la 3 ani, cu posibilitatea de prelungire cu încă un an. De asemenea, dobândesc calitatea procesuală activă de a depune un plan de reorganizare, în anumite condiții, și unul sau mai mulți creditori, deținând împreună cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv de creanțe. Din perspectiva măsurilor adecvate de implementare a planului de reorganizare, sunt aduse câteva elemente de noutate, și anume: (i) interdicția, *de plano*, de conversie a creanțelor bugetare în titluri de valoare [art. 95 alin. (6) lit. K)] sau (ii) posibilitatea de modificare a actului constitutiv al debitorului, fără acordul acționarilor/asociaților, în anumite condiții – art. 95 alin. (7).

De asemenea, a fost reglementată o categorie separată care votează planul de reorganizare, și anume „categoria furnizorilor indispensabili”, adică acei furnizori fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți. Se revine la dublajul procedurilor de aprobare a planului de reorganizare, în sensul în care judecătorul-sindic admite sau respinge planul, după audierea tuturor persoanelor interesate, urmând ca, în ipoteza admiterii, să se treacă la procedura confirmării acestuia. În mod simetric, judecătorul-sindic recapătă atribuția de a putea desemna – de data acesta – un practician în insolvență, care să își exprime o opinie privind posibilitatea de realizare a planului, înainte de admiterea lui – art. 98 alin. (3).

[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 172.

Votul categoriilor de creanță era decisiv în ceea ce privește aprobarea planului de reorganizare, regulile fiind următoarele:

1) inițial^[1], se puteau forma patru categorii de creanță, și anume creditorii cu creanțe garantate; creditorii bugetari; creditorii – furnizori indispensabili și ceilalți creditori chirografari. Ulterior, numărul categoriilor a fost ridicat la cinci, fiind inclusă și categoria creanțelor salariale^[2] – art. 100 alin. (3);

2) un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie – art. 100 alin. (4);

3) un plan va fi confirmat de către judecătorul-sindic, dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții: (i) cel puțin jumătate plus una dintre categoriile de creanțe menționate în programul de plăți, dintre categoriile astfel formate, acceptă sau sunt socotite că acceptă planul, cu condiția ca (ii) minim una dintre categoriile defavorizate să accepte planul;

4) în cazul în care sunt doar două categorii, planul se consideră acceptat în cazul în care categoria cu valoarea totală cea mai mare a creanțelor a acceptat planul;

5) fiecare categorie defavorizată de creanțe care a respins planul va fi supusă unui tratament corect și echitabil prin plan. Principiul care funcționează în cazul unei reorganizări eșuate este acela că reducerile aplicate creanțelor prin plan sunt *irreversibile*, deschiderea procedurii de faliment neoperând o „reactivare” a acestora.

Dispozițiile legale relevante în formularea acestei concluzii sunt următoarele:

– art. 102 alin. (1) „Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător; creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan”;

– art. 15 alin. (2) lit. c) „Calculul valorii totale a creanțelor (...) împotriva averii debitorului se va determina prin raportare la următoarele criterii: (...) ulterior confirmării planului de reorganizare și până la afișarea tabelului definitiv consolidat, astfel cum reiese din planul de reorganizare confirmat” și

– art. 137 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 – „La data confirmării unui plan de reorganizare debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan”.

Pe parcursul reorganizării judiciare, se prevede faptul că debitorul va fi condus de administratorul special, sub supravegherea administratorului judiciar.

§2. Deficiențe și disfuncționalități sesizate în modul de aplicare în practică a Legii nr. 85/2006 în privința procedurii de reorganizare

20. Analizând evoluția practică a procedurilor de reorganizare în dreptul românesc, cu predilecție în cei 8 ani de aplicare a Legii nr. 85/2006, putem caracteriza situația astfel:

a) reorganizări implicând un efort uriaș și concertat, direcționat către o redresare reală, onestă, bazată pe sprijinul creditorilor sau măcar al acelor creditori care sunt dispuși a accepta faptul că menținerea în *business* a debitorului le poate aduce un plus de valoare prin intermediul recuperărilor de creanțe, realizându-se astfel un compromis echitabil

[1] Conform dispozițiilor art. 100 alin. (3) din Legea nr. 85/2006.

[2] Modificat prin art. I pct. 15¹¹ din Legea nr. 277/2009 privind aprobarea O.U.G. nr. 173/2008 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței și pentru modificarea lit. c) a art. 6 din Legea nr. 146/1997 privind taxele judiciare de timbru (M. Of. nr. 486 din 14 iulie 2009).

între ceea ce se *dorește* a se recupera și ceea ce *poate* recupera, la nivelul de *best practice*;

Este cunoscut faptul că procedura de reorganizare se poate confrunta cu situații neprevăzute, cu schimbări de comportament procedural din partea creditorilor, cu dificile probleme de drept sau cu situații critice de administrare a unor sume de bani insuficiente. Nu întotdeauna experiența și eforturile tuturor actorilor implicați în această procedură pot identifica soluția corectă sau, mai bine spus, salvatoare a *business*-ului. Iar pentru a analiza realist, câteodată o astfel de soluție pur și simplu nu mai poate fi identificată, de la un moment dat încolo.

Tocmai acestea sunt argumentele pentru care, conform statisticilor Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România, spre exemplu, la nivelul anului 2013, din totalul de 34.887 dosare de insolvență pe an, doar 1674 reprezintă dosare de reorganizare, iar din acestea doar o parte reușesc. Cu toate acestea, aprecierea importanței reorganizării judiciare nu trebuie privită din prisma datelor statistice prezentate, căci acestea nu au nicio relevanță dacă în procentajul mic al reorganizărilor aflate pe rolul instanțelor, se găsesc companii a căror cifră de afaceri, număr de angajați și contribuție la bugetul de stat sunt de mare impact.

Dacă este să ne referim doar la companii precum Hidroelectrică sau Oltchim, a căror situație economică poate afecta pe orizontală zeci și zeci de alte companii, putem avea o unitate de măsură a importanței procedurilor de reorganizare în peisajul economic românesc și, în general, al oricărei economii.

b) debitorul accesa mult prea facil procedura de insolvență, de multe ori în scopul de a bloca executări silite ajunse într-o fază avansată sau de a desemna un anumit practician în insolvență;

c) reorganizări bazate pe manipularea grosieră a procedurii de către debitor, prin încercarea de eliminare, cu rea-credință, a unor creditori, dublată de crearea facilă a unor categorii de creanțe care nu reprezentau un procent de referință al masei credale, urmate de prezentarea unui plan de reorganizare neviabil, dar care tergiversa procedura. În final, acest plan de reorganizare conducea la faliment, dar cu efectul câștigat al eliminării creanțelor conform ecuației (nu întotdeauna corect sau complet analizată) reorganizare *versus* faliment sau al unor încasări pentru anumite creanțe;

d) reorganizări aprobate de către creditori și confirmate de către judecătorul-sindic, în înțelegerea și sprijinirea unor mecanisme economice și manageriale oneste și credibile la început, dar care se transformau, în decursul perioadei de implementare a planului, în mijloace de evitare a plăților curente, față de care dispozițiile art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 nu ofereau întotdeauna mijloace eficiente sau rapide de realizare a drepturilor.

Secțiunea a 3-a. Evoluții și tendințe la nivel european

§1. Schimbarea viziunii la nivel european

21. Ghidul Legislativ UNCITRAL în materie de insolvență^[1], edictat la data de 25 iunie 2004, stabilea faptul că este extrem de important ca legislațiile statelor să promoveze

^[1] Ghidul Legislativ UNCITRAL, cuprinzând o selecție a principiilor directoare și a obiectivelor care ar trebui să se reflecte în toate legislațiile în materie de insolvență, cuprinde 4 părți: prima și cea de-a doua parte a Ghidului au fost adoptate în anul 2004, referindu-se la definirea obiectivelor principale și a structurii unei

restructurarea afacerilor viabile, pe de o parte, iar pe de altă parte să aibă în vedere crearea unor mecanisme eficiente de lichidare sau de transfer de active în privința afacerilor nerentabile.

Principiile Băncii Mondiale pentru o insolvență efectivă și eficientă^[1], în cadrul Principiului C1 (*Key Objectives and Policies*), arată faptul că, în ciuda diferitelor abordări legislative pentru care statele pot opta, totuși cadrul juridic în materie de insolvență ar trebui să conducă fie la: (i) reorganizarea afacerilor viabile, fie la: (ii) o lichidare eficientă a afacerilor neviabile, precum și a celor față de care lichidarea ar produce creditorilor o îndestulare mai ridicată.

§2. Comunicările Comisiei Europene

22. La sfârșitul anului 2012, Comisia Europeană a emis un Comunicat către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social, intitulat *A new approach to business failure and insolvency* – O nouă abordare în privința eșecului afacerii și insolvenței. Conținutul acestei comunicări pornea de la realitățile economice și sociale severe, sintetizate în câteva elemente cheie:

a) în perioada 2009-2011, în medie 200.000 de companii au intrat în faliment în fiecare an, la nivelul Uniunii Europene;

b) aproape 1/4 din aceste insolvențe aveau un element de extraneitate, implicând astfel insolvențe transfrontaliere;

c) aproximativ 1/2 din noile companii înființate nu rezistau în piață în primii 5 ani de existență;

d) 1,7 milioane de locuri de muncă se pierdeau în fiecare an, datorită fenomenului acut al insolvenței.

În esență, Comunicarea Comisiei Europene stabilea că modernizarea legislației statelor membre în materie de insolvență, de o manieră care să permită supraviețuirea afacerii și să acorde a doua șansă pentru antreprenori, reprezintă o acțiune-cheie pentru îmbunătățirea funcționării pieței interne. De asemenea, se arăta faptul că aceste principii trebuie aplicate nu doar în privința companiilor multinaționale sau a corporațiilor, ci mai ales față de cele peste 20 de milioane de societăți mici, care reprezintă *coloana vertebrală a economiei europene*^[2].

proceduri de insolvență efective și eficiente, precum și la principiile care guvernează astfel de proceduri, raportându-se la debitor ca la o entitate individuală; partea a treia a Ghidului, adoptată în anul 2010, se referă la reglementarea insolvenței grupului de societăți, atât naționale cât și internaționale, precum și a acelor entități care pot fi privite și analizate ca un grup de societăți; partea a patra a Ghidului a fost adoptată recent, în anul 2013, și se referă la obligațiile care ar trebui impuse persoanelor care sunt responsabile pentru deciziile unei societăți aflate în iminența insolvenței.

^[1] *The World Bank – 2011 Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes* – reflectă nivelul de „best practice” la nivel internațional, raportat la modalitățile de derulare a procedurilor de insolvență, în general. Astfel cum este descris și în partea introductivă a Principiilor World Bank, acestea sunt destinate a fi un răspuns la solicitările comunității internaționale, confruntată cu o criză financiară a piețelor emergente, încă de la sfârșitul anilor 1990. Principiile au fost create ca un instrument de lucru cu un spectru larg de referință, de natură a sprijini țările implicate în eforturile lor de a evalua și îmbunătăți aspectele-cheie generate de sistemele de drept comercial, fundamentale pentru un climat investițional securizat, în scopul promovării unei creșteri economice sănătoase.

^[2] „This applies not only to large multi-national companies, but to the 20 million small companies that are the backbone of Europe’s economy”.

În esență, cerința adresată statelor membre este de a identifica la nivel legislativ soluția rapidă și adecvată pentru depășirea dificultăților financiare ale debitorului, protejând în același timp interesele legitime ale creditorului și asigurând totodată acces la justiție tuturor părților. Totodată, s-a demonstrat și faptul că statele membre cu cea mai performantă economie au un sistem legislativ caracterizat prin (i) depistarea semnalelor timpurii de avertizare a dificultăților financiare (așa numitul „early warning system”) și (ii) o procedură de faliment rapidă și eficientă.

De asemenea, un accent deosebit l-a reprezentat recomandarea de a se acorda o descărcare rapidă de datorie debitorului onest (așa numitul „discharge”), în situația în care starea de insolvență nu este consecința unei vinovății evidente a proprietarului afacerii sau a managerului, în contrast cu situațiile de faliment fraudulos sau iresponsabil. Descărcarea de datorii ar trebui urmată de acordarea concomitentă și corelativă a celei de a doua șanse.

În luna martie a acestui an^[1], Comisia Europeană a emis o nouă comunicare, intitulată *Commission recommends new approach to rescue business and give honest entrepreneurs a second chance* – Comisia Europeană recomandă o nouă abordare, pentru salvarea afacerii și acordarea antreprenorilor onești a celei de a doua șanse. De această dată, mesajul este chiar mai tranșant: obiectivul este acela de a se muta interesul de la lichidare către încurajarea afacerilor viabile într-o restructurare, de la un moment cât mai eficient, tocmai pentru a se preveni insolvența.

Premisele de la care pleacă această Comunicare a Comisiei Europene, deși la prima părere pot avea conotații filosofice, sunt însă realiste: „Insolvențele sunt un fapt de viață într-o economie dinamică și modernă”^[2]. Tocmai de aceea, reforma judiciară în statele membre trebuie să creeze:

- a) mecanismele necesare pentru ca întreprinderile viabile să rămână în business;
- b) scenariile de tipul „win-win”, în care debitorul rămâne în business, locurile de muncă sunt păstrate, creditorii recuperează mai mult decât ar recupera într-un faliment; precum și
- c) facilitarea unui „fresh start”, cu acordarea rapidă a celei de a doua șanse întreprinzătorilor onești, chiar după faliment, pentru deschiderea unei alte afaceri, considerându-se că experiența a demonstrat că un antreprenor are mai mult succes a doua oară.

Interesant în ceea ce privește trecerea dintre „istorie” și „actualitate” sau, mai bine spus, între „vechi” și „nou”, este exemplul dat de Vicepreședintele Comisiei Europene, Comisarul pentru Justiție, Dna Viviane Reding, și anume cazul Henry Ford: „Prima companie de automobile aparținând lui Henry Ford a eșuat după 18 luni de la înființare, dar, cu toate acestea, Henry Ford a reușit să pună bazele uneia dintre cele mai de succes companii din lume”.

În această Comunicare, România figura printre statele membre^[3] față de care se raporta că pot trece ani întregi până la momentul la care antreprenorii onești ajunși în faliment sunt descărcați de vechile datorii și pot încerca cu succes o altă idee de business. Rațiunea unei descărcări rapide de obligații ține de evitarea marcării falitului onest cu o „sentință pe viață”, urmare a eșecului scuzabil al afacerii.

[1] European Commission, Press Release, Brussels, 12 March 2014.

[2] „Background – Insolvencies are a fact of life in a dynamic, modern economy”.

[3] Alături de Austria, Belgia, Estonia, Grecia, Italia, Lituania, Letonia, Luxembourg, Malta, Croația, Polonia, Portugalia.

Secțiunea a 4-a. Cazuistica unor reorganizări reușite la nivelul jurisprudenței europene/internaționale

§1. Lehman Brothers Holdings

23. În data de 15 septembrie 2008 *Lehman Brothers Holdings* a cerut deschiderea procedurii de insolvență cu debite în cuantum de 639 miliarde USD, dând naștere la cea mai extinsă procedură de insolvență din istoria Statelor Unite ale Americii, căreia i s-a acordat și o contribuție la criza economică globală intervenită ulterior. Procedura de reorganizare la care compania a fost supusă a avut ca scop tot vânzarea de active, precum operațiunile desfășurate în America de Nord (achiziționate de *Barclays plc*) și cele din Asia (achiziționate de *Nomura Holdings*).

În data de 17 aprilie 2012 a început procesul de distribuție a sumelor, care se desfășoară în continuare cu succes, urmând a avea loc a patra distribuție în cadrul planului de reorganizare.

Judecătorul federal care supraveghează desfășurarea procedurii, Dl. James Peck, a declarat că „Restructurarea s-a dovedit un mare succes, nu doar pentru clienți, dar și pentru creditori”.

§2. American Airlines

24. În data de 29 noiembrie 2011 a fost deschisă procedura de reorganizare împotriva companiei *American Airlines*. În luna decembrie a anului 2013 compania *American Airways* a ieșit din procedura de reorganizare datorită fuziunii cu competitorul *US Airways*, continuându-și activitatea cu succes și devenind astfel una din cele mai mari companii de transport aerian din lume.

Particularitatea acestei proceduri a fost aceea că a fost prima procedură de insolvență a unei companii de transport aerian în cadrul căreia *creditorii negarantați au fost plătiți în integralitate*, iar acționarii au primit contravaloarea capitalului investit.

§3. General Motors

25. Procedura de reorganizare judiciară a *General Motors* a fost deschisă în data de 8 iunie 2009, compania fiind considerată vulnerabilă încă din 2005, când a declarat o pierdere financiară masivă, de 10,6 miliarde USD. După numeroase încercări de restructurare nereușite, la data de 10 iulie 2009 a fost confirmat planul de reorganizare care se centra în principal pe vânzarea activelor companiei, precum mărcile *Hummer*, *Saturn* și *Saab*. Vânzarea acestor active a avut loc la nivelul anului 2009, procedura de reorganizare continuând, potrivit planului, pentru perioada 2009-2014^[1].

Potrivit site-ului oficial al companiei, în prezent vânzările au crescut cu 7% față de 2013 și se preconizează o creștere semnificativă în ultima parte a anului 2014^[2].

[1] <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/business/20090217GMRestructuringPlan.pdf>.

[2] www.gm.com.

Secțiunea a 5-a. Procedura reorganizării în Codul insolvenței

26. *Procedura reorganizării* este definită în cadrul art. 5 pct. 54 din Codul insolvenței astfel: „este procedura ce se aplică debitorului în insolvență (s.n.), persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor. Procedura de reorganizare presupune întocmirea, aprobarea, confirmarea (s.n.), implementarea și respectarea unui plan, numit plan de reorganizare, care poate să prevadă, nelimitativ (s.n.), împreună sau separat: a) restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului; b) restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; c) restrângerea activității prin lichidarea parțială sau totală (s.n.) a activului din averea debitorului”.

Noile modificări introduse prin Codul insolvenței, raportat la prevederile corelative ale art. 3 pct. 20 din Legea nr. 85/2006, nu sunt de substanță, ci vin numai să uniformizeze termeni, să stabilizeze sensul noțiunilor juridice sau să aducă un plus de interpretare. Astfel, menționarea „debitorului în insolvență” este firească, pentru că numai un astfel de debitor se supune unei proceduri de reorganizare; includerea și a etapei „confirmării” în cadrul etapelor pe care le parcurge un plan de reorganizare era, în egală măsură, necesară, fiind o procedură obligatorie; caracterul evident nelimitativ al celor trei opțiuni de restructurare este dedus, oricum, și din enumerarea prevăzută de alin. (5) al art. 133, și care este, ea însăși, nelimitativă („cum ar fi”), iar departajarea expresă a formelor pe care le poate îmbrăca un plan de reorganizare prin lichidare este, din nou, o corelare cu dispozițiile art. 133 alin. (5) lit. E [„lichidarea tuturor sau a unora dintre bunurile debitorului (...)]”.

Spre deosebire de dispozițiile corelative ale art. 2 din Legea nr. 85/2006 („Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență”), noile dispoziții ale Codului insolvenței, stabilesc în art. 2 astfel: „Scopul prezentei legi este instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șanse de redresare a activității acestuia (s.n.)”.

Diferența specifică este dată de recunoașterea și sprijinirea la nivel legislativ a șanse de redresare a debitorului. Cu alte cuvinte, structura logică a normei juridice este condensată într-o propoziție dublu condiționată: scopul procedurii este principal acela al acoperirii pasivului, însă el devine exclusiv dacă și numai dacă debitorul nu poate fi redresat și reinserat în circuitul economic, situație în care regimul juridic al pasivului se supune regulilor specifice procedurilor de prevenire sau, după caz, de reorganizare.

Două observații pot fi aduse raportat la această modificare de nuanță a scopului legii:

- au existat discuții în ceea ce privește introducerea unei calificări specifice a debitorului într-o procedură de redresare (de prevenire) sau, după caz, de insolvență, și anume folosirea ipotezei debitorului „onest”. Argumentele în favoarea unei asemenea opțiuni aveau drept principală sursă de inspirație Comunicările Comisiei Europene, care se referă la conceptul de „onestitate”. Cu toate acestea, argumentul contrar a fost că traducerea în limba română a cuvântului „honest” are mai degrabă un sens filosofic decât economic, iar proba lipsei de onestitate este dificilă, dacă nu imposibil de făcut;
- pe de altă parte, au existat și propuneri în sensul utilizării conceptului de debitor „viabil”, fiind o noțiune mai aproape de sensul economic al termenului. În plus, argu-

mente în sensul unei astfel de opțiuni vin din folosirea termenului de debitor „viabil” atât în Ghidul Legislativ UNCITRAL, cât și în Principiile World Bank;

– în final, s-a ajuns la un compromis echitabil, opțiunea fiind aceea de utilizare a termenului simplu (fără epitete), și anume „debitor”, cu argumentul că într-o restructurare, ceea ce contează, *a priori*, este viabilitatea economică – care trebuie în mod evident demonstrată, pentru a dobândi credibilitate în fața creditorilor, iar pe de altă parte, lipsa onestității în afaceri beneficiază de mijloace proprii și eficiente de coerciție (reversarea *hair-cut*-ului pentru o reorganizare eșuată, atragerea răspunderii administratului special etc.).

Dispozițiile art. 2 din Codul insolvenței trebuie interpretate sistematic, prin coroborare și cu dispozițiile analoge ale principiilor, referindu-ne aici la dispozițiile art. 4 pct. 2 („acordarea unei șanse debitorilor de redresare eficientă și efectivă a afacerii, fie prin intermediul procedurilor de prevenire a insolvenței, fie prin procedura de reorganizare judiciară”); și pct. 10 („favorizarea, în procedurile de prevenire a insolvenței, a negocierii/renegocierii amiabile a creanțelor și a încheierii unui concordat preventiv”).

În esență, concepția Codului insolvenței în materia restructurării afacerii – *lato sensu* – se axează pe următoarele reguli și interpretări:

– încurajarea procedurilor de prevenire a insolvenței, în special a concordatului. În acest scop, actul normativ încearcă a pune bazele unei culturi, atât juridice, cât și de business, în negocierile de tipul „*out-of-court settlement*”;

– sprijinirea procedurii de reorganizare, însă la un nivel *rațional economic* și *echilibrat la nivelul deciziei creditorilor*, față de un debitor *onest și viabil*, în egală măsură;

– în cazul eșecului unei proceduri de reorganizare, lichidarea activelor se poate face și printr-un *transfer de business*, în orice caz, accentul trebuie pus pe scurtarea duratei procedurii de lichidare și eficientizarea valorificărilor.

Secțiunea a 6-a. Noțiuni generale privind planul de reorganizare

27. Reorganizare judiciară este procedura ce se aplică debitorului în insolvență, persoană juridică, în vederea achitării datoriilor acestuia, conform programului de plată a creanțelor și presupune întocmirea, aprobarea, confirmarea, implementarea și respectarea unui plan, numit plan de reorganizare. Această definiție, conținută de art. 5 pct. 54 din Codul insolvenței, a preluat nuanțat, astfel cum am văzut anterior, definiția conținută de art. 3 pct. 20 din Legea nr. 85/2006.

Din punct de vedere al *naturii juridice a planului*, acesta are o structură complexă, îmbinând atât elementele acordului de voință contractual – prin obligațiile de plată asumate de către debitor, cât și pe cele ale actului jurisdicțional – hotărârea de confirmare având valențele unei hotărâri irevocabile^[1] de executare silită împotriva debitorului, dar și caracterul legal – prin limitele și condițiile impuse de textul actului normativ.

[1] Până la intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă, hotărârile judecătorești-sindic puteau fi atacate doar cu recurs, în urma soluționării căruia deveneau irevocabile. După intrarea în vigoare a noului Cod de procedură Civilă, hotărârile judecătorești-sindic pot fi atacate doar cu apel, conform art. 8 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, fiind astfel, în urma soluționării apelului, definitive.

Astfel, ne raliem opiniei exprimate în doctrină^[1] potrivit căreia planul de reorganizare reprezintă un act juridic multilateral complex, având natură convențională, jurisdicțională și legală, care se încheie prin manifestarea de voință a categoriilor de creditori care îl votează și care poate încorpora o remitere parțială forțată de datorie, schimbarea termenelor de plată și modalități noi de plată, efectele acestuia producându-se în temeiul hotărârii de confirmare a planului de către judecătorul-sindic.

Conceptul de reorganizare include trei variante, respectiv:

- restructurarea (operațională, financiară, și/sau corporativă, prin modificarea structurii capitalului social) și continuarea activității debitorului;
- lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului, prin restrângerea activității;
- o combinație a celor două variante de mai sus.

O observație considerăm că trebuie făcută raportat la corelarea art. 5 pct. 54 lit. c) (din cadrul definiției reorganizării) și art. 132 alin. (3) – Subsecțiunea 1 – „Planul”. Astfel, în capitolul introductiv al definițiilor, reorganizarea poate fi implementată prin „lichidarea parțială sau totală a activului din averea debitorului”, în timp ce opțiunile pe care le poate prevedea un plan de reorganizare, în cadrul art. 132 alin. (3) se referă la „lichidarea unor bunuri din averea debitorului”.

Considerăm că această aparentă necorelare trebuie soluționată prin interpretarea în sensul că, într-adevăr, reorganizarea poate avea loc inclusiv printr-o lichidare totală a activelor, argumentat astfel:

- în primul rând, enumerarea „totală sau parțială” este situată în cadrul definițiilor actului normativ, astfel încât, pe întreg parcursul legii, constituind instrumente specifice și uniforme de lucru, definițiile trebuie utilizate ca atare;

- în al doilea rând, în cadrul art. 132 alin. (3), legiuitorul utilizează verbul „va putea”, ca atare norma este una *permisivă*, legiuitorul neînțelegând astfel să restrângă libertatea părților de a opta și pentru alte variante decât cele expres menționate;

- în al treilea rând, dispozițiile art. 5 pct. 54 lit. c) se referă la „activul din averea debitorului”, în timp ce dispozițiile art. 132 alin. (3) se referă la „bunuri”, or, activul patrimonial include și drepturi de creanță, și bunuri, fiind noțiunea generală, care le înglobează pe celelalte.

Procedura reorganizării parcurge următoarele etape succesive: (i) propunerea planului; (ii) aprobarea planului; (iii) confirmarea planului; (iv) implementarea planului; (v) respectarea planului.

Secțiunea a 7-a. Persoanele, termenele și condițiile în care se poate propune planul de reorganizare

28. Dispozițiile art. 132 alin. (1) din Codul insolvenței – echivalentul art. 94 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, prevăd persoanele care pot propune un plan de reorganizare, precum și condițiile specifice pe care acele persoane trebuie să le îndeplinească pentru a putea propune un astfel de plan. Astfel, aceste persoane sunt: debitorul, administratorul judiciar și unul sau mai mulți creditori. Vom analiza în continuare atât condițiile în care

^[1] E. Tănăsescu, Reorganizarea judiciară – o șansă acordată debitorului în procedura generală de insolvență. Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 319.

aceste persoane pot exercita *vocația* de a depune un plan de reorganizare, cât și schimbările operate prin Codul insolvenței în privința acestor condiții.

§1. Debitorul

29. Conform dispozițiilor art. 132 alin. (1) lit. a) din Codul insolvenței, debitorul deține în continuare *calitate procesuală activă de a propune un plan de reorganizare*. În concret, exercitarea acestui drept are loc cu respectarea următoarelor condiții:

- *formularea intenției de reorganizare de către debitor*, dacă cererea de deschidere a procedurii îi aparține, conform art. 67 alin. (1) lit. g). De altfel, prin corelare cu dispozițiile art. 67 alin. (2) fraza a doua, sancțiunea nedepunerii acestei intenții de reorganizare este însăși respingerea cererii, exceptând procedura simplificată sau cea solicitată de lichidatorul voluntar desemnat în procedura Legii nr. 31/1990 privind societățile, republicată, cu modificările și completările ulterioare;

- de asemenea, *formularea acestei intenții de reorganizare de către debitor*, dacă cererea de deschidere a procedurii a aparținut creditorului/creditorilor, în interiorul termenului prevăzut la art. 74 din Codul insolvenței, și anume maxim 10 zile de la deschiderea procedurii;

- depunerea planului de reorganizare se face de către debitor, cu aprobarea adunării generale a acționarilor/asociațiilor, în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe.

În privința condiției privind formularea intenției de reorganizare de către debitor, sub imperiul Legii nr. 85/2006, considerăm că transformarea acestui act într-o condiționare a dreptului de reorganizare al debitorului este, uneori, excesivă și restricționează nejustificat șansa unei restructurări, care poate fi una viabilă. Astfel, pot exista situații în care debitorul, din neștiință sau necunoaștere, omite a depune acest act procedural împreună cu cererea introductivă. Or, raportat la însuși scopul reorganizării, care este acela al salvării afacerilor viabile, aplicarea sancțiunii pierderii dreptului de a solicita reorganizarea pentru un act nedepus la un moment la care nu se pot face, totuși, judecăți definitive în privința evoluției afacerii, este prea drastică. O astfel de opinie, justificată însă pe aprecieri în privința calificării exacte a tipului de sancțiune aplicabilă, a fost exprimată și la nivel jurisprudențial^[1]. În această opinie s-a apreciat judicios că lipsa manifestării intenției debitorului pentru reorganizare, prin nedepunerea acestei cereri formale în termenul legal, este o *simplă prezumție*, în sensul că debitorul este de acord cu trecerea la faliment. Sancțiunea decăderii a intervenit abia prin dispozițiile Legii nr. 277/2009, prin modificarea art. 28 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. Or, prezumția fiind una simplă, s-a apreciat că aceasta poate fi răsturnată prin chiar depunerea – în termen – a planului de reorganizare de către debitor. Mai mult decât atât, chiar acceptând aplicabilitatea sancțiunii decăderii, aceasta, pentru a putea opera, trebuia invocată în termen de către creditorii, iar aceștia, hotărând aprobarea planului de reorganizare cu majoritatea cerută de lege, au înțeles astfel să nu invoce o astfel de decădere.

Dacă analizăm depunerea acestei intenții de reorganizare sub imperiul Codului insolvenței, există două situații: (i) dacă debitorul formulează cererea de deschidere și nu depune intenția de reorganizare, cererea sa se respinge; (ii) dacă creditorul formulează cererea și debitorul, ulterior admiterii cererii de deschidere, nu depune intenția sa de

^[1] Opinie separată exprimată de către C.A București, dec. civ. nr. 1885 din 29 noiembrie 2011.

reorganizare în termen de 10 zile, sancțiunea este, într-adevăr, pierderea dreptului de a solicita el însuși reorganizarea.

Tocmai de aceea, *de lege ferenda*, propunem eliminarea acestei sancțiuni pentru ipoteza în care cererea de deschidere aparține creditorului, procedura se deschide în temeiul admiterii acestei cereri, însă debitorul nu depune intenția sa de reorganizare în termenul de 10 zile menționat de art. 74 din Codul insolvenței.

În continuare, două observații pot fi făcute pe marginea noilor prevederi legislative, și anume:

a) Codul insolvenței a conturat mult mai clar instituția administratorului special, care reprezintă, în esență, singurul mandatar al acționarilor/asociațiilor debitorului, în procedura insolvenței. Astfel, după deschiderea procedurii, prin noile dispoziții ale art. 55, adunarea generală a acționarilor/asociațiilor își suspendă activitatea, reprezentarea acestora fiind făcută exclusiv prin administratorul special. De asemenea, cu titlu de excepție, adunarea generală a acționarilor/asociațiilor se va putea întruni, la convocarea administratorului judiciar, în cazurile expres și limitativ prevăzute de lege. Conform dispozițiilor art. 56 alin. (1) lit. c) se prevede faptul că administratorul special este cel care propune un plan de reorganizare. În aceste condiții, concluzia interpretării corelate a acestor dispoziții normative este în sensul că *administratorul special* este, în drept, titularul propunerii unui plan de reorganizare din partea debitorului, bineînțeles dacă o astfel de propunere este aprobată de către adunarea generală a acționarilor/asociațiilor.

b) reprezentând o altă materializare a principiului stabilit de art. 4 pct. 5 din Codul insolvenței (principiul transparenței și a previzibilității în procedură), termenul de 30 de zile curge nu de la afișarea tabelului definitiv de creanțe [astfel cum prevedea art. 94 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 64/1995], ci de la *publicarea acestuia în Buletinul Procedurilor de Insolvență*. Astfel, se asigură, pe de o parte, efectivitatea transmiterii informației către cei interesați și se obține și un moment unic și obiectiv al cunoașterii faptului juridic al depunerii acestui tabel definitiv de creanțe.

Pe de altă parte, o precizare suplimentară credem că se poate face din perspectiva sancțiunii și a titularului acesteia, în ipoteza în care debitorul nu depune intenția de reorganizare la dosarul cauzei, în procedura deschisă de unul sau mai mulți creditori ai săi. O astfel de sancțiune (decăderea din dreptul de a depune un plan de reorganizare) se aplică, cum este și firesc, doar față de subiectul de drept care a încălcat o obligație procedurală, adică față de debitor. O astfel de sancțiune nu afectează și nu va putea afecta creditorii, care, astfel cum vom vedea în continuare, beneficiază de același termen în formularea și depunerea planului de reorganizare, fără a mai fi necesară depunerea unor intenții prealabile, având în plus și anumite mijloace remediu pentru completa și eficienta exercitare a dreptului recunoscut de lege.

Deși au un impact direct în materia deschiderii procedurii de insolvență, considerăm că anumite comentarii pot fi făcute, prin raportare la scopul deschiderii procedurii de insolvență în ideea unei restructurări, față de acest drept al debitorului de a depune și formula un plan de reorganizare. Astfel, trebuie menționate noile recomandări la nivel internațional ale Ghidului Legislativ UNCITRAL – partea a IV-a, intitulat „*Director's obligations in the period approaching insolvency*” în cuprinsul căruia se arată că:

– reglementările naționale în materia răspunderii administratorilor și/sau a directorilor, pentru verificarea existenței unui comportament corect în privința raportării stării de insolvență, diferă în mod substanțial. De asemenea, regimul și limitele acestei răspun-

deri, pe marginea unei dificile linii de demarcație între dificultatea financiară și starea de insolvență, reprezintă încă un subiect de dezbatere, pe fondul crizei financiare mondiale;

- o afacere confruntată cu dificultăți financiare trebuie să poată fi sprijinită de un management performant, onest, dar și curajos, pentru că abandonarea întreprinderii în lichidare nu este și nu poate fi o soluție viabilă;

- ca atare, trebuie identificat un echilibru just între obligația raportării stării de insolvență, prin depunerea cererii de deschidere a procedurii și depunerea tuturor eforturilor rezonabile pentru redresarea *business*-ului, printr-un plan de reorganizare.

Nu în ultimul rând, trebuie subliniată *eliminarea sancțiunii decăderii* debitorului din dreptul de a depune un plan de reorganizare, în ipoteza în care acesta contestase cererea de deschidere a procedurii insolvenței a unuia sau a mai multor creditori, iar contestația îi fusese respinsă. Rațiunea avută în vedere este aceea a neîngrădirii șanselor unui debitor, care poate fi viabil, în restructurarea afacerii, plecând de la premisa acordării celei de a doua șanse, în condiții de egalitate cu ceilalți participanți la procedură.

§2. Unul sau mai mulți creditori

30. Raportat la formularea de către creditorii care dețin un procent de 20% din masa credală, a intenției de reorganizare, în literatura de specialitate^[1] s-a susținut întemeiat faptul că exercițiul acestui drept poate fi unul inefficient, atâta timp cât „ne aflăm la momentul deschiderii procedurii, când nu se știe care va fi totalul masei credale, ci numai valoarea creanțelor înscrise în contabilitatea debitorului și pe care acesta a acceptat să le arate; fiind vorba de un debitor care contestă că ar fi în insolvență, este greu de crezut că debitorul va fi de acord să furnizeze la timp aceste informații judecătorului-sindic, pentru ca acesta să poată adopta soluția trecerii la procedura generală, în loc de trecerea la faliment ca sancțiune aplicată debitorului pentru negarea stării de insolvență; pe de altă parte, nimic nu garantează că, în urma verificării creanțelor și a soluționării contestațiilor la tabelul preliminar, procentul de 20% apreciat de judecătorul-sindic la momentul deschiderii procedurii va rămâne neschimbat”.

O astfel de observație era una cu atât mai justă, cu cât momentul limită până la care creditorii puteau formula această intenție de reorganizare, considerată element *sine qua non* pentru formularea în termen a unui plan de reorganizare, era momentul aferent raportului prevăzut de art. 59 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, și care trebuia depus în maxim 40 de zile de la deschiderea procedurii, moment la care nu expirase nici măcar termenul de declarare la masa credală a creanțelor, care era de maxim 45 de zile de la deschiderea procedurii [art. 62 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006].

Noua reglementare a Codului insolvenței a remediat aceste disfuncționalități, în sensul următor: (i) a eliminat condiția prealabilă a exprimării intenției de reorganizare din partea acestor creditori, până la întocmirea raportului de 40 de zile și (ii) a asigurat accesul real și efectiv al creditorilor interesați în obținerea informațiilor de natură a contura premisele viabilității unui plan propriu de reorganizare. Vom analiza în cele ce urmează aceste modificări.

^[1] Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, 2008, p. 640. Autorul demonstrează, în continuare, și faptul că o astfel de poziționare – bazată pe un element incert de raportare – „admite o potențială falsificare a voinței creditorilor, în sensul evitării falimentului, mai ales când creditorul în cauză este un afiliat al debitorului”.

Dispozițiile art. 132 alin. (1) lit. c) din Codul insolvenței stabilesc un termen maximal de 30 de zile (aceiași și pentru debitor sau administratorul judiciar), calculat de la data publicării în BPI a tabelului definitiv de creanțe, adică de la momentul la care masa credală poate fi considerată relativ stabilă (sub rezerva soluțiilor pronunțate în calea de atac a apelului față de sentința judecătorului-sindic de soluționare a contestațiilor).

De asemenea, noua reglementare stabilește o serie de instrumente de natură a facilita în mod real accesul creditorilor la informațiile relevante: administratorul judiciar este obligat să pună la dispoziția acestor creditori informațiile existente și necesare pentru redactarea planului. În acest sens, debitorul, prin administrator special, sau administratorul judiciar, dacă a fost ridicat dreptul de administrare și dacă, bineînțeles, acesta deține aceste informații, au obligația ca, în termen de maximum 10 zile de la primirea solicitării, să pună la dispoziția creditorului actele și informațiile prevăzute de art. 67 alin. (1) lit. a) („ultima situație financiară anuală, certificată de către administrator și cenzor/auditor, balanța de verificare pentru luna precedentă datei înregistrării cererii de deschidere a procedurii”), b) („lista completă a tuturor bunurilor debitorului, incluzând toate conturile și băncile prin care debitorul își rulează fondurile”) și e) („Contul de profit și pierdere pe anul anterior depunerii cererii”), actualizate corespunzător depunerii tabelului definitiv de creanțe. Se va pune la dispoziția creditorului și lista tuturor creanțelor născute în timpul procedurii, precum și orice alte documente solicitate, care sunt utile pentru redactarea unui plan de reorganizare.

Acest text normativ trebuie coroborat și cu dispozițiile art. 82 din Codul insolvenței care reia și dezvoltă conținutul *obligației de comunicare*, astfel: toate informațiile și documentele apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, sub sancțiunea ridicării dreptului de administrare.

În privința sancțiunilor care intervin pentru neîndeplinirea acestei obligații, acestea sunt următoarele:

a) în ipoteza în care cererea de deschidere a procedurii aparține debitorului, pentru nedepunerea actelor și a informațiilor prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. a), b) și e), aceasta este chiar *respingerea cererii* [art. 67 alin. (2) fraza a doua, exceptând situația deschiderii procedurii simplificate, care nu are relevanță în prezenta analiză];

b) în ipoteza în care cererea de deschidere a aparținut creditorului, debitorul trebuie să depună toate actele și informațiile prevăzute la art. 67 alin. (1) în termen de 10 zile de la deschiderea procedurii – art. 74; nedepunerea de către debitor a tuturor informațiilor și documentelor apreciate ca necesare, menționate la art. 82, în care sunt incluse însă, *ratio legis*, și cele menționate la art. 67 alin. (1) lit. a), b) și e), inclusiv lista cuprinzând plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, atrage sancțiunea *ridicării dreptului de administrare*.

Rațiunea instituirii unei sancțiuni, considerată drastică din perspectiva șanselor unei reorganizări, vine ca o materializare a noilor principii enunțate în cadrul art. 4 pct. 3 și 5 din Codul insolvenței, și anume „asigurarea unei proceduri eficiente, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri”, respectiv „asigurarea unui grad ridicat de transparență și previzibilitate în procedură”.

Cu alte cuvinte, tratamentul echitabil în formularea și susținerea unui plan de reorganizare trebuie asigurat *tuturor participanților la procedură care dețin o astfel de vocație*: în ipoteza în care debitorul, cu rea-credință, împiedică realizarea drepturilor celorlalți participanți, reversul este pierderea dreptului raportat la propriul plan de reorganizare, cu posibilitatea unei preluări ostile de către creditori, printr-un plan separat de reorganizare.

c) de asemenea, situația menționată la lit. b) de mai sus atrage și sancțiuni pecuniare în sarcina persoanelor responsabile pentru nepunerea la dispoziție a acestor informații și documente, și anume amenda judiciară de la 1.000 lei la 5.000 lei.

§3. Administratorul judiciar

31. Și față de cel de-al treilea participant la procedură care deține vocația depunerii unui plan de reorganizare, regimul de propunere al acestuia a fost uniformizat. Astfel, și față de administratorul judiciar a fost eliminată condiția formulării, în prealabil, a intenției de reorganizare, cel târziu la momentul votării raportului de 40 de zile, rămânând doar obligația acestuia de a depune efectiv planul de reorganizare în termen de 30 de zile de la publicarea tabelului definitiv de creanțe în BPI.

§4. Posibilitatea de prelungire a termenului de depunere a planului de reorganizare

32. Dispozițiile art. 94 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevedeau posibilitatea judecătorului-sindic, la cererea oricărei părți interesate, de a *scurta*, pentru motive temeinice, perioadele prevăzute la alin. (1) al art. 94 – deci inclusiv în privința termenului de 30 de zile de depunere a planului. Întrebarea care s-a ridicat în practică, sub imperiul Legii nr. 85/2006, era aceea de a stabili dacă acest termen ar putea *fi prelungit*, în sensul de a da posibilitatea persoanelor cărora legea le-a recunoscut o astfel de vocație, să depună totuși planul de reorganizare după expirarea termenului de 30 de zile de la data „*afișării tabelului definitiv de creanțe*”. Din interpretarea textelor de lege incidente, s-a considerat^[1] ca o astfel de prelungire nu este posibilă.

În primul rând, s-a argumentat în sensul că trebuia observat faptul că, ori de câte ori legiuitorul a dorit să existe posibilitatea de prelungire a unor termene, a prevăzut în mod expres acest lucru. Astfel, conform art. 62 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, în funcție de circumstanțele concrete ale cauzei și pentru motive temeinice, judecătorul-sindic putea hotărî o majorare a termenelor de înregistrare a cererilor de admitere a creanțelor, de verificare a creanțelor și de întocmire, afișare și comunicare a tabelului preliminar de creanțe, precum și termenul de definitivare a acestuia.

În al doilea rând, s-a considerat că legea prevedea în mod expres posibilitatea de modificare a acestui termen, dar numai în sensul *scurtării* acestuia, pentru motive temeinice, astfel cum s-a demonstrat mai sus.

Nu în ultimul rând, s-a considerat că trebuie observate și dispozițiile alin. (5) al art. 94, care prevedeau în mod expres faptul că nerespectarea termenelor prevăzute pentru depunerea planului de reorganizare, conducea la *decăderea* părții respective din dreptul de a mai propune un plan și, ca urmare, la trecerea la procedura falimentului, din

^[1] A. Stănescu, S. Milos, S. Dumitru, O. Milu, op. cit. p. 99.

dispoziția judecătorului-sindic – prevedere care a fost preluată și în Codul insolvenței, prin dispozițiile art. 132 alin. (5).

Tocmai de aceea, noul alin. (2) al art. 132 din Codul insolvenței aduce o cu totul abordare, marcată de tendința încurajării restructurărilor viabile, în detrimentul unei rigori excesive a termenelor procedurale. Astfel, acest alineat prevede posibilitatea pentru judecătorul-sindic de a *prelungi* cu maxim 30 de zile, pentru motive temeinice, termenul privind depunerea planului de reorganizare, la cererea oricărei părți interesate sau a administratorului judiciar.

Credem că este o dispoziție benefică, pentru că experiența practică poate confirma situații în care, cu toate eforturile anterioare în conceperea, consolidarea și materializarea formei finale a unui plan de reorganizare, timpul s-a dovedit a fi insuficient. Cu toate acestea, paradoxal, Legea nr. 85/2006 nu oferea soluții clare în această privință, ceea ce a condus, în unele cazuri, la apelarea la diverse alte soluții juridice, pentru considerente de temporizare a cauzei, cum ar fi depunerea unor completări la rapoartele de evaluare existente, ce determinau necesitatea modificării (prin rectificare) a tabelului definitiv de creanțe, cu efectul curgerii unui nou termen pentru depunerea planului de reorganizare sau formularea unor modificări la planul de reorganizare deja depus, deși au existat soluții de jurisprudență care au stabilit faptul că, prin aplicarea principiului simetriei, dispozițiile art. 101 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 au în vedere faptul că, pentru a exista o modificare a planului de reorganizare, trebuie să existe, anterior, o aprobare și o confirmare a acestuia^[1].

Raportând aceste considerente la situația concretă, a pregătirii, sintetizării și structurării unui plan de reorganizare, rezultă faptul că termenul de 30 de zile este uneori dificil de respectat, pentru a se putea acoperi toate aceste etape, ele însele laborioase, implicând în același timp și discuții și negocieri intense cu creditorii, pentru a reuși plasarea acestora pe poziții de acceptanță a reorganizării.

33. Tocmai de aceea, și sub imperiul Legii nr. 85/2006 și, cu atât mai mult, sub cel al Codului insolvenței, conceptul de *pre-pack-restructuring plan*, existent în sistemul legii americane a insolvenței, a fost recunoscut ca fiind o formă utilă și eficientă de management a procedurilor de insolvență autohtone. Cu alte cuvinte, noua formă a alin. (2) din art. 132 al Codului insolvenței, care permite prelungirea termenului de 30 de zile pentru depunerea planului de reorganizare cu maxim alte 30 de zile, trebuie văzută ca o soluție limită, la care se poate apela însă, sub rezerva probării, în concret, a „*motivelor temeinice*”, de natură a fundamenta în drept o astfel de cerere.

De asemenea, considerăm că rămâne pe deplin aplicabilă și posibilitatea, existentă și sub reglementarea Legii nr. 85/2006, de a depune un plan de reorganizare chiar după expirarea termenului de 30 de zile, prin formularea unei cereri de repunere în termen, în temeiul art. 186 NCPC, bineînțeles în ipoteza în care partea poate dovedi că a fost împiedicată să depună planul printr-o împrejurare mai presus de voința sa, iar planul a fost depus în termen de 15 zile de la data la care a încetat împiedicarea.

^[1] Ibidem.

Secțiunea a 8-a. Situațiile de incompatibilitate privind depunerea unui plan de reorganizare de către debitor

34. Prevederile art. 55 alin. (3) din Legea nr. 64/1995 instituiau o incompatibilitate în accesul la procedura de reorganizare pentru un debitor care „a fost, în ultimii 5 ani, debitor într-o procedură în conformitate cu prezenta lege sau a fost condamnat definitiv pentru: bancrută frauduloasă; infracțiuni împotriva proprietății private sau publice; fals; mărturie mincinoasă sau infracțiuni incriminate prin Legea nr. 26/1990 privind Registrul comerțului ori prin Legea nr. 11/1991 privind combaterea concurenței neloiale”.

De asemenea, dispozițiile art. 94 alin. (4) din Legea nr. 85/2006^[1], extindeau sfera infracțiunilor care calificau debitorul drept incompatibil cu șansa unei proceduri de reorganizare, astfel: „debitorul care, într-un interval de 5 ani anteriori formulării cererilor introductive, a mai fost subiect al procedurii instituite în baza prezentei legi și nici debitorul care a fost condamnat definitiv pentru falsificare sau pentru infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996 sau ai cărui administratori, directori și/sau asociați au fost condamnați definitiv pentru: bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă, abuz de încredere, înșelăciune, delapidare, mărturie mincinoasă, infracțiuni de fals ori infracțiuni prevăzute în Legea nr. 21/1996, în ultimii 5 ani anteriori deschiderii procedurii”.

Ultima formă a Legii nr. 85/2006^[2] prevedea și mai multe infracțiuni de natură a restricționa accesul debitorului la reorganizare, adăugând, în plus: infracțiunile contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii, infracțiuni de corupție, evaziune fiscală, infracțiuni prevăzute de Legea nr. 656/2002 pentru prevenirea și sancționarea spălării banilor, precum și pentru instituirea unor măsuri de prevenire și combatere a finanțării actelor de terorism.

Noul Cod al insolvenței a venit cu o nouă extindere a infracțiunilor în discuție, dar a restrâns sfera persoanelor care reprezintă debitorul, a căror condamnare poate atrage incompatibilitatea pentru a depune un plan de reorganizare. Astfel, în primul rând, infracțiunile nominalizate prin dispozițiile art. 133 alin. (4) din Codul insolvenței sunt următoarele: infracțiuni intenționate contra patrimoniului, de corupție și de serviciu, de fals, precum și infracțiunile prevăzute de Legea nr. 22/1969, cu modificările ulterioare, Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea contabilității nr. 82/1991, republicată, cu modificările și completările ulterioare, Legea concurenței nr. 21/1996, republicată, Legea nr. 78/2000, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 656/2002, republicată, cu modificările ulterioare, Legea nr. 571/2003, cu modificările și completările ulterioare, Legea nr. 241/2005 pentru prevenirea și combaterea evaziunii fiscale, cu modificările și completările ulterioare, precum și infracțiunile prevăzute de Codul insolvenței.

De remarcat rămâne faptul că, prin preluarea în noul Cod penal a infracțiunilor reglementate anterior în cadrul capitolului V din Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței nu mai include infracțiunile aferente procedurii generale de insolvență.

Pe de altă parte, tocmai pentru a nu se îngredi posibilitatea accesării unei proceduri de reorganizare, textul a introdus aplicarea incompatibilității pentru debitor numai față de persoanele care *dețin controlul* asupra sa și care au fost condamnate pentru infracțiunile

[1] Forma publicată în M. Of. nr. 359 din 21 aprilie 2006.

[2] Forma modificată prin pct. 3. din Legea nr. 187/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 286/2009 privind Codul penal.

nominalizate, și nu față de celelalte persoane din conducerea debitorului. Raportat la definiția „controlului”, trimitem la dispozițiile art. 5 pct. 9 din Codul insolvenței: „capacitatea de a determina sau influența în mod dominant, direct ori indirect, politica financiară și operațională a unei societăți sau deciziile la nivelul organelor societare. O persoană va fi considerată ca deținând controlul atunci când: a) deține în mod direct sau indirect o participație calificată de cel puțin 40% din drepturile de vot ale respectivei societăți și niciun alt asociat sau acționar nu deține în mod direct ori indirect un procentaj superior al drepturilor de vot; b) deține în mod direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală a societății respective; c) în calitate de asociat sau acționar al respectivei societăți dispune de puterea de a numi sau revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere”.

Secțiunea a 9-a. Conținutul planului de reorganizare

§1. Corelarea definiției procedurii de reorganizare și a tuturor cerințelor privind conținutul planului de reorganizare

35. Astfel cum arătam și în cele ce preced, Secțiunea a 8-a, *supra*, noua definiție a procedurii de reorganizare (art. 5 pct. 54) se referă la un plan de reorganizare care poate să prevadă: „(...) *nelimitativ (s.n.)*, împreună sau separat: a) restructurarea operațională și/sau financiară a debitorului; b) restructurarea corporativă prin modificarea structurii de capital social; c) restrângerea activității prin lichidarea *parțială sau totală (s.n.)* a activului din averea debitorului.” Această definiție este implementată și prin dispozițiile art. 132 alin. (3) din Codul insolvenței.

Dispozițiile art. 133 alin. (1), (2), (4) și (5) reprezintă sediul materiei în ceea ce privește: (i) perspectivele de redresare, aspectele financiare și manageriale; (ii) programul de plată al creanțelor; (iii) regulile de tratament al creanțelor prin planul de reorganizare și (iv) măsurile adecvate de implementare a planului de reorganizare. Ne vom referi în continuare, pe larg, la toate aceste aspecte, dezvoltând în mod corespunzător și elementele de noutate aduse prin Codul insolvenței.

§2. Perspectivele de redresare, aspecte financiare și manageriale

36. Această mențiune care trebuie cuprinsă în planul de reorganizare are în vedere prezentarea unei proiecții a evoluției debitorului în peisajul economic general, în raport de o serie de criterii enumerate cu titlu exemplificativ în textul legii, cum ar fi specificul obiectului de activitate al acestuia, raportul dintre cerere și ofertă de pe piață pentru a evidenția faptul că existența debitorului în circuitul economic este justificată prin prisma cererii pieței sau nișei de piață căreia acesta i se adresează.

Interesează, din acest punct de vedere, care este potențialul de viabilitate economică al debitorului, care să justifice și să motiveze creditorii să susțină un plan de reorganizare, în detrimentul unei proceduri de faliment.

§3. Programul de plată a creanțelor

37. În privința programului de plată a creanțelor, componentă a planului de reorganizare, dispozițiile art. 95 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 se rezumau a expune caracterul

obligatoriu al acestuia: „Planul de reorganizare va cuprinde în mod obligatoriu programul de plată al creanțelor”.

Potrivit art. 3 pct. 22 din definițiile reglementate de Legea nr. 85/2006, prin „*program de plată*” se înțelege tabelul de creanțe menționat în planul de reorganizare care cuprinde cuantumul sumelor pe care debitorul se obligă să le plătească creditorilor, prin raportare la tabelul definitiv de creanțe și la fluxurile de numerar aferente planului de reorganizare, și care cuprinde: (i) cuantumul sumelor datorate creditorilor conform tabelului definitiv de creanțe pe care debitorul se obligă să le plătească acestora; (ii) termenele la care debitorul urmează să plătească aceste sume.

Raportarea programului de plăți la tabelul definitiv avea, în opinia noastră, doar un caracter *pur orientativ*, urmând a fi respectate doar categoriile de creanțe, dacă au fost prevăzute în cuprinsul acestuia, întrucât în ceea ce privește cuantumul sumelor prevăzute în tabelul definitiv, acestea nu erau obligatoriu a fi achitate în întregime prin planul de reorganizare, câtă vreme planul putea – și poate prevedea și în prezent – o reducere a creanțelor, în condițiile legii.

Noul Cod al insolvenței a reformulat vechea definiție a „programului de plăți”, în cadrul art. 5 pct. 53, astfel: „este graficul de achitare a acestora menționat în planul de reorganizare care include: a) cuantumul sumelor pe care debitorul se obligă să le plătească creditorilor, dar nu mai mult decât sumele datorate conform tabelului definitiv de creanțe; în cazul creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință sumele vor putea include și dobânzile; b) termenele la care debitorul urmează să plătească aceste sume”.

În primul rând, noua exprimare denotă o preluare a unui concept economic, iar nu juridic, în sensul că, în mod cert, orice program de plăți este un *grafic de achitare a acestora*. De asemenea, la nivel semantic, era greu de explicat programul de plăți ca fiind un tabel de creanțe menționat în plan, prin raportare tot la un tabel definitiv de creanțe.

La nivel de acuratețe și tehnică juridică, s-a eliminat din cadrul vechii definiții trimiterea la „*fluxul de numerar aferent planului de reorganizare*”, întrucât s-a considerat că programul de plăți are în vedere creanțe anterioare deschiderii procedurii, în timp ce fluxul de numerar are în vedere, cu predilecție, achitarea creanțelor curente. Mai mult decât atât, printre mențiunile obligatorii ale planului de reorganizare, lit. e) a art. 133 alin. (4) din Codul insolvenței prevede în mod expres și „*modalitatea de achitare a creanțelor curente*”. În plus, era matematic corect ca un program de plăți, deci un grafic de eșalonare a unor creanțe, să conțină termene, adică scadențe la împlinirea cărora obligația trebuie executată.

În al doilea rând, instituția programului de plăți într-un plan de reorganizare trebuie interpretată în corelare cu noile dispoziții ale art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței: „Sumele provenite din activitatea curentă a debitorului sau din valorificarea activelor negrevate de cauze de preferință vor fi prevăzute a se distribui *pro rata* pentru fiecare creanță prevăzută a se achita în timpul reorganizării, după deducerea sumelor prevăzute ca fiind necesare plății creanțelor curente exigibile și a celor necesare asigurării capitalului de lucru, dacă este cazul. Programul de plată a creanțelor va prevedea plata acestor sume în trimestrul consecutiv celui la care aceste sume devin disponibile”.

Această dispoziție legală a venit să ofere un remediu situațiilor, mult discutate în practică, în care plățile se făceau diferențiat, adică anumite creanțe erau achitate în primul trimestru al planului de reorganizare, altele în ultimul, fără a exista neapărat o justificare economică de natură a argumenta un astfel de tratament. Situația devenea mai gravă în ipoteza în care planul eșua ulterior, astfel încât creditorii care reușiseră să

încaseze erau favorizați, în detrimentul celorlalți, care nu puteau explica totuși modalitatea în care beneficiaseră totuși de „*un tratament egal în cadrul categoriei de creanță*.”

De asemenea, a fost mult discutată situația creanțelor curente care, conform dispozițiilor art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, trebuiau achitate la scadență, conform documentelor din care rezultă. Însă, în practică, concursul dintre creanțele curente și cele anterioare deschiderii procedurii, asumate prin programul de plăți, era soluționat uneori în defavoarea celor dintâi, pentru considerente de ordin practic, considerându-se, nejustificat susținem noi, că închiderea procedurii de reorganizare se poate obține exclusiv prin demonstrația plăților creanțelor aferente programului de plăți, prin interpretarea *ad litteram* a dispozițiilor art. 132 alin. (1) prima frază: „O procedură de reorganizare prin continuarea activității sau lichidare pe bază de plan va fi închisă, prin sentință, în urma îndeplinirii tuturor obligațiilor de plată asumate în planul confirmat”.

O astfel de aplicare a dispozițiilor legale conducea, în realitate, la acumularea de noi datorii, la efectuarea de plăți pentru creanțele anterioare în dauna celor curente, precum și la o soluție neîntemeiată de închidere a procedurii, cu efectul unui previzibil faliment ulterior, pentru că o nouă reorganizare nu mai era permisă de lege. Mai mult decât atât, o astfel de soluție era contrară dezideratului de a elimina din piață comercianții neviabili, având un efect invers.

Considerăm neîntemeiată o astfel de soluție, chiar în baza textelor aferente Legii nr. 85/2006, pentru cel puțin următoarele argumente:

a) în egală măsură, neplata unor sume cuprinse în programul de plăți (adică a unor creanțe anterioare), cât și neplata creanțelor curente, conduceau în final tot la faliment. Astfel, neconformarea la obligațiile asumate în plan – art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, cât și neplata unei creanțe curente, pe calea unei cereri de plată – art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, atrăgeau deschiderea procedurii de faliment;

b) ordinea de prioritate prevăzută de art. 123 din Legea nr. 85/2006 creează o poziție superioară creanțelor curente față de cele anterioare deschiderii procedurii;

c) este logic și firesc a îmbrățișa o astfel de soluție, de vreme ce, dacă pentru creanțele anterioare, procedura reorganizării oferă – temporar și condiționat – protecția unei eșalonări, pentru neplata creanțelor curente nu există nicio justificare, în caz contrar debitorul neputând fi considerat un debitor viabil, impunându-se eliminarea acestuia din piață.

38. Or, față de toate aspectele dezbătute mai sus, acest nou text al art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței a avut drept rațiune aplicarea unei duble corecții, și anume *prioritatea creanțelor curente*, precum și distribuția *pro rata*, astfel:

- *creanțele curente se achită cu prioritate*, chiar în cadrul programului de plăți, întrucât din orice sumă obținută din activitatea curentă sau din valorificarea activelor negrevate, plata aferentă acestor creanțe se impută cu prioritate;

- de asemenea, se prezervă sumele necesare pentru asigurarea *capitalului de lucru*, dacă este cazul;

- restul sumelor rămase și care trebuie să acopere, conform graficului de plăți, creanțele asumate la plată prin programul de plăți, *se distribuie pro rata*, adică proporțional cu ponderea fiecărei creanțe din totalul creanțelor existente în planul de reorganizare.

În concluzie, conform dispozițiilor art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței, aceste sume trebuie plătite creditorilor proporțional, indiferent de termenele de plată trecute în programul de plăți. Mai mult, textul de lege prevede faptul că programul de plată va pre-

vedea achitarea acestor sume în trimestrul consecutiv celui la care aceste sume devin disponibile.

În opinia noastră, textul trebuie interpretat în sensul că în programul de plată se stabilesc termenele la care *se consideră* că pot fi plătiți creditorii (avându-se în vedere și argumentul precaut și rezonabil, în sensul că nu se poate cunoaște cu exactitate care sunt sumele care pot fi obținute, iar în cazul în care termenele stabilite nu pot fi respectate, există riscul trecerii la faliment), urmând a se face mențiunea în sensul că, în ipoteza în care se obțin astfel de sume excedentare, în trimestrul următor celui aferent obținerii, acestea se plătesc creditorilor, *pro rata*.

O mențiune trebuie făcută și raportat la sumele rezultate din *valorificările bunurilor grevate cu cauze de preferință*, exceptate ca atare din enumerarea de la art. 140 alin. (3) de mai sus. În privința acestora, distribuția se face imediat, conform dispozițiilor art. 133 alin. (4) lit. F: „Sumele de bani obținute după vânzarea unor bunuri asupra cărora poartă cauze de preferință, potrivit prevederilor Codului civil, vor fi distribuite, obligatoriu, creditorilor titulari ai acelor cauze de preferință, cu respectarea dispozițiilor art. 159 alin. (1) și (2)”.

În continuare, aceste dispoziții art. 133 alin. (4) lit. G prevăd posibilitatea modificării sau stingerii cauzelor de preferință, cu acordarea obligatorie în beneficiul creditorului titular, a unei garanții sau a unei protecții echivalente, potrivit prevederilor art. 78 alin. (2) lit. c).

În condițiile în care lit. F a art. 133 alin. (4), prevede distribuirea obligatorie a sumelor obținute din valorificarea garanțiilor către creditorii beneficiari ai unor cauze de preferință, la o primă vedere s-ar putea aprecia că există o contradicție cu lit. G a aceluiași articol, în sensul în care acesta din urmă permite acordarea unei alte garanții sau oferirea unei protecții echivalente pentru ipoteza modificării sau stingerii cauzelor de preferință. În realitate, contradicția este doar aparentă, de vreme ce lit. F se referă la ipoteza *vânzării* activelor grevate de cauze de preferință iar lit. G se referă la modalități de *stingere* a cauzelor de preferință, deci implicit de stingere a obligației principale, și anume, altfel decât prin valorificarea bunurilor ce fac obiectul respectivelor cauze de preferință.

Cu titlu de exemplu, menționăm ipoteza în care planul de reorganizare nu prevede vânzarea bunurilor grevate de cauze de preferință, ipoteză în care, pentru a putea radia sarcinile asupra bunului, este necesară satisfacerea creanței creditorului beneficiar al garanțiilor, în una dintre modalitățile prevăzute de lege, respectiv constituirea unei garanții echivalente reale sau personale, sau substituirea obiectului garanției cu un alt obiect.

39. De asemenea, o nouă regulă este cuprinsă de alin. (2) al art. 133, fraza a doua, care dispune astfel: „Creanțele înscrise ca beneficiare ale unei cauze de preferință în tabelul definitiv al creanțelor pot fi purtătoare de dobânzi și alte accesorii”. Analizând în esență acest text normativ, pornind de la ipoteza supletivă a normei – „*pot fi*”, rezultă că, *per a contrario*, astfel de creanțe nu sunt, întotdeauna și necondiționat purtătoare de dobânzi și alte accesorii.

Mai mult decât atât, aceste dispoziții trebuie interpretate și din prisma art. 103 din Codul insolvenței, care stabilește regulile care configurează regimul juridic al *creanțelor beneficiind de o cauză de preferință*: „Creanțele beneficiare ale unei cauze de preferință se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea de piață a garanției stabilită prin evaluare,

dispusă de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, efectuată de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61. În cazul în care valorificarea activelor asupra cărora poartă cauza de preferință se va face la un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv sau în tabelul definitiv consolidat, diferența favorabilă va reveni tot creditorului garantat, chiar dacă o parte din creanța sa fusese înscrisă drept creanță chirografară, până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor ce se vor calcula conform actelor din care rezultă creanța (s.n.), până la data valorificării bunului”.

În concluzie, nimic nu împiedică creditorul beneficiar al unei cauze de preferință ca, în temeiul unor negocieri cu debitorul, să plafoneze cuantumul garantat al creanței sale, obținând în schimb alte avantaje în procedură, considerând – în temeiul unui raționament economic just și realist – că valoarea de valorificare a bunului său nu va permite calcularea de accesorii, rezultând astfel un pasiv iluzoriu și niciodată recuperabil.

§4. Excepții de la regula *pro rata* a programului de plăți

40. Astfel cum vom analiza în continuare în cadrul §5 *infra*, tratamentul corect și echitabil al creanțelor printr-un plan de reorganizare se bazează, în esență, pe regula conform căreia un creditor nu poate fi forțat să primească în reorganizare mai puțin decât ar primi în faliment. Aceasta este ceea ce – în materie de insolvență – denumim ecuația reorganizare *versus* faliment. De regulă, această ecuație are la bază determinarea, este adevărat, pe bază de evaluare și estimări, a averii debitorului.

Ceea ce aduce nou Codul insolvenței în privința conceptului de „*avere a debitorului*” este caracterului ei *dinamic și evolutiv*, în sensul că, în funcție de incidența unor situații de fapt sau de drept, anumite drepturi sau valori cu conținut patrimonial pot extinde masa averii debitorului, conducând la o rată mai ridicată de îndeustulare a creditorilor.

4.1. Sumele provenite din reușita acțiunilor revocatorii falimentare

41. Este cert faptul că, prin intermediul acestor *acțiuni revocatorii falimentare*, se pot aduce în averea debitorului bunuri sau valori, anterior înstrăinate în perioada suspectă, și care pot contribui la o îndeustulare superioară a creditorilor.

Sub regimul Legii nr. 85/2006, o creștere practică a procentului de îndeustulare a creditorilor în ipoteza unei reorganizări se obține doar în cazul în care astfel de acțiuni erau promovate și admise – rapid – în perioada de observație. În caz contrar, dacă planul de reorganizare confirmat prevedea un *hair-cut* (adică o defavorizare spre zero a creanțelor), interesul promovării unor astfel de acțiuni se lovea de întrebarea firească: „Către cine se distribuie sumele de bani obținute din reușita unor astfel de acțiuni?”. Rațiunea acestei întrebări, transpusă la nivel juridic prin condiția interesului procesual, derivă din faptul că:

- odată confirmat planul de reorganizare, diminuările sau eliminările creanțelor erau ireversibile, pentru că, în ipoteza eșuării planului, falimentul se declanșa pe baza unui tabel definitiv consolidat, care avea drept bază de plecare – pentru creanțele anterioare – programul de plăți, adică creanțele astfel eliminate (art. 102 alin. (1) și art. 137 alin. (2) din Legea nr. 85/2006);

- a ajunge la distribuții către acționari părea atât injust, cât și inechitabil, întrucât o astfel de acțiune, de esența ei sancționatorie față de o anumită categorie de participanți la procedura de insolvență, ajungea să distribuie beneficii patrimoniale tocmai către acești participanți.

Noul Cod al insolvenței a schimbat însă, la nivel primordial, optica în privința momentului la care operează irevocabil descărcarea de obligații prin planul de reorganizare confirmat, acesta fiind cel al reușitei planului și nu cel al confirmării lui. În caz contrar, orice eliminări sau, după caz, diminuări de creanță, se reactivează, urmând ca valorificările din faliment să determine cu cât anume pot fi îndeplinite creanțele masei credale.

Cu alte cuvinte, efectul „descărcării” este unul rezolutoriu, condiția fiind îndeplinită și pasivul fiind „remis de datorie”, abia la momentul succesului planului de reorganizare. Or, pe acest nou tărâm, acțiunea revocatorie falimentară dobândește deplin interes a fi exercitată și în condițiile unei reorganizări, în acest sens dispozițiile corelative ale Codului insolvenței fiind art. 140 alin. (1) – ultima frază: „În cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului, scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare”, și art. 140 alin. (2): „Dacă după confirmarea planului de reorganizare se vor recupera sume suplimentare din acțiuni introduse în temeiul art. 117 (acțiunile revocatorii falimentare – n.n), acestea se vor distribui în modul prevăzut de art. 163”.

Dispozițiile art. 163, la care trimit cele ale art. 140 alin. (2) prevăd regulile de distribuire generale, aplicabile în materie de lichidare, adică: *pro rata*, în cadrul aceleiași categorii, iar apoi în categoria inferioară ei, numai după deplina acoperire a creanțelor din categoria superioară. Din interpretarea acestei dispoziții legale rezultă ca aceste sume vor fi utilizate pentru acoperirea creanțelor, potrivit ordinii de preferință de la art. 161 (distribuirea în caz de faliment a sumelor obținute din valorificarea sumelor negarantate) și numai în cazul în care aceste sume acoperă, în întregime, o categorie, se pot plăti sume și pentru următoarea categorie. Având în vedere distincția dintre art. 140 alin. (2) și (3), precum și situațiile de excepție prevăzute de fiecare dintre ele, consideram că în cazul în care un bun se recuperează ca urmare a unei acțiuni întemeiate pe dispozițiile art. 117 și ulterior se valorifică (prin ipoteză, un bun negrevat de garanții), sumele de bani obținute se plătesc conform alin. (2) – adică *pari passu* și nu conform alin. (3) – *pro rata*.

4.2. Sume provenite din atragerea răspunderii administratorului special, dacă este cazul

42. Instituția *atragerii răspunderii administratorului special* este o noutate a Codului insolvenței, venită pe tărâmul unui vid legislativ al răspunderii debitorului sau, după caz, a celui care reprezintă debitorul, ulterior deschiderii procedurii.

În concret, exista sancțiunea instituită prin dispozițiile art. 46 din Legea nr. 85/2006, care sancționa cu nulitatea absolută toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii care depășeau nivelul activităților curente, fără aprobarea comitetului creditorilor sau autorizarea judecătorului-sindic.

Cu toate acestea, prejudiciul produs de administratorul special prin încălcarea, în concret, a acestor restricții, nu putea fi recuperat, pentru că dispozițiile art. 138, care se refereau la răspunderea persoanelor care au cauzat insolvența, aveau în vedere – drept premisă juridică de aplicare – doar acte și fapte anterioare deschiderii procedurii. Tocmai de aceea, rațiunea existenței funcției de administrator special a trebuit justificată și din perspectiva *responsabilităților* atrase de exercitarea acestui drept de administrare, menținut în noile condiții și criterii. Astfel, administratorul special este direct răspunzător patrimonial, pentru acoperirea prejudiciului produs prin nerespectarea tipului de acte și operațiuni pe care le poate exercita în procedură (*acte de administrare curentă, respectiv*

acte de dispoziție), prin dispozițiile art. 84 alin. (2) din Codul insolvenței: „Administratorul special desemnat într-o procedură de insolvență răspunde pentru încălcarea dispozițiilor art. 87, judecătorul-sindic, la cererea administratorului judiciar, a adunării creditorilor, formulată de președintele comitetului creditorilor sau de un alt creditor desemnat de aceasta, sau la cererea creditorului ce deține 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, putând dispune ca o parte din pasivul astfel produs să fie suportat de către administratorul special, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate”.

4.3. Restructurarea unor contracte în afara planului de reorganizare

43. Se încadrează în această teză fie acele contracte aflate în derulare, menținute de către administratorul judiciar în temeiul dispozițiilor art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței, contractele renegociate de către administratorul judiciar, cu acordul cocontractanților, în perioada de observație, astfel încât acestea să asigure echivalența viitoarelor prestații în temeiul dispozițiilor art. 123 alin. (5), precum și, după caz, contractele care beneficiază de o prelungire a scadenței (inclusiv, dacă este cazul, modificarea ratei dobânzii, a penalității sau a oricărei alte clauze din cuprinsul contractului ori a celorlalte izvoare ale obligațiilor sale) în temeiul art. 133 alin. (4) lit. H.

În aceste situații, rezultă că programul de plăți nu include plățile aferente acestor contracte, întrucât, pe de o parte, acestea sunt *contracte în derulare*, care nasc creanțe curente, iar pe de altă parte, creanțele curente nu sunt incluse în programul de plăți. Soluția în privința acestor contracte este dată de dispozițiile art. 133 alin. (3) din Codul insolvenței care stabilesc că: „Termenele de plată stabilite prin contracte – inclusiv de credit sau de leasing – pot fi menținute prin plan, chiar dacă depășesc perioada de 3 ani. Aceste termene pot fi și prelungite, cu acordul expres al creditorilor, dacă inițial erau mai scurte de trei ani. După realizarea tuturor obligațiilor din plan și închiderea procedurii de reorganizare, aceste plăți vor continua conform contractelor din care rezultă”.

§5. Reguli de tratament a creanțelor prin planul de reorganizare

44. În continuare, vom analiza atât mențiunile pe care trebuie să le prevadă planul de reorganizare în privința tratamentului creanțelor, cât și modalitatea de verificare a acestora, în sensul dacă regulile generale, care stabilesc tratamentul corect și echitabil al creanțelor, au fost respectate. Sunt câteva mențiuni considerate obligatorii în cadrul planului de reorganizare, și anume:

- a) categoriile de creanțe care nu sunt defavorizate;
- b) tratamentul categoriilor de creanțe defavorizate;
- c) dacă și în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită vor fi descărcați de răspundere;
- c) ce despăgubiri urmează a fi oferite titularilor tuturor categoriilor de creanțe, în comparație cu valoarea estimativă ce ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment; valoarea estimativă se va calcula în baza unui raport de evaluare, întocmit de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61;
- d) modalitatea de achitare a creanțelor curente.

În cele ce urmează, vom analiza rațiunea avută în vedere de legiuitor la momentul stabilirii acestor mențiuni obligatorii, în strânsă corelație cu noile modificări aduse prin Codul insolvenței.

5.1. Defavorizarea creanțelor și tratamentul acestora

45. În primul rând, în cadrul art. 3 pct. 21 din Legea nr. 85/2006, *categoria de creanțe defavorizate* este prezumată a fi categoria de creanțe pentru care planul de reorganizare prevede cel puțin una dintre modificările următoare pentru oricare dintre creanțele categoriei respective: a) o reducere a cuantumului creanței; b) o reducere a garanțiilor sau a altor accesorii, cum ar fi reeșalonarea plăților în defavoarea creditorului; c) valoarea actualizată cu dobânda de referință a Băncii Naționale a României, dacă nu este stabilit altfel prin contractul privind creanța respectivă sau prin legi speciale, este mai mică decât valoarea la care a fost înscrisă în tabelul definitiv de creanțe. De asemenea, mențiuni privind *caracterul nedefavorizat al creanței* apar și în cadrul art. 101 alin. (1) lit. D) din Legea nr. 85/2006, care stabilesc că: „vor fi considerate creanțe nedefavorizate și vor fi considerate că au acceptat planul creanțele ce se vor achita integral în termen de 30 de zile de la confirmarea planului ori în conformitate cu contractele de credit sau leasing din care rezultă”.

Plecând de la interpretarea coroborată a acestor două dispoziții legale, am desprins în continuare câteva concluzii. Interpretând *per a contrario* dispozițiile art. 101 alin. (1) lit. D) de mai sus, rezultă că orice creanță care urmează a fi achitată într-un termen mai mare de 30 de zile de la confirmarea planului, poate fi considerată defavorizată. De altfel, o astfel de interpretare era conformă și cu lit. b) a art. 3 pct. 21 din Legea nr. 85/2006, care califica drept creanță defavorizată creanța care beneficiază de o reeșalonare a plăților în defavoarea creditorilor. De aici ar rezulta concluzia în sensul că toate creanțele sau categoriile de creanțe aferente unui plan de reorganizare ar putea fi calificate drept creanțe defavorizate. Mai mult decât atât, și sub imperiul Legii nr. 85/2006 (art. 97), cât și prin preluarea acesteia de către Codul insolvenței (art. 135), nu se consideră modificare a creanței sau a condițiilor de realizare a acesteia situația în care planul propus prevede revenirea la condițiile de realizare a creanței anterioare survenirii evenimentelor care au condus la modificarea condițiilor respective, cum ar fi neplata uneia sau a mai multor rate scadente ale unui împrumut, la termenele și în condițiile stipulate în contract, care conduce la accelerarea plății întregului rest al împrumutului. O astfel de regulă se traduce simplu, și anume dacă inițial raportul obligațional dintre părți prevedea anumite termene și condiții care au fost ulterior înăsprite prin aplicarea clauzelor contractului, în ipoteza în care planul de reorganizare prevede revenirea la termenele și condițiile inițiale, creanța creditorului nu va fi considerată defavorizată.

Cu titlu de exemplu, aceasta este situația tipică a unui credit bancar care a fost declarat exigibil anticipat ca urmare a neîndeplinirii unora dintre condițiile contractuale, deci a cărui scadență a fost accelerată față de graficul de plăți inițial tocmai datorită culpei împrumutatului. În aceste condiții, chiar dacă creditul este scadent integral ca urmare a aplicării clauzei privind exigibilitatea anticipată a acestuia, dacă prin planul de reorganizare se prevede restituirea întregii sume conform termenelor și condițiilor prevăzute inițial în contractul de credit, o astfel de creanță *nu putea fi considerată defavorizată*. Dimpotrivă, dacă vorbim despre un împrumut acordat debitorului printr-un contract de credit care, la data deschiderii procedurii insolvenței era deja scadent, fi-

ind ajuns la maturitate, fără a fi operat accelerarea anticipată a exigibilității acestuia, eşalonarea plății acestui împrumut prin planul de reorganizare propus *reprezenta deja o defavorizare a creanței creditorului*. De asemenea, și în cazul în care, spre exemplu, deși se menține același termen de restituire a creditului, însă dobânda se micșorează, nemai-fiind menținute aceleași condiții, considerăm că, într-un astfel de caz, se poate susține că *acea creanță a fost defavorizată*.

Tocmai de aceea, noua definiție a categoriei de creanțe defavorizate, în accepțiunea art. 5 pct. 16 din Codul insolvenței, elimină ultima literă a art. 3 pct. 21 lit. c) din Legea nr. 85/2006 („valoarea actualizată cu dobânda de referință a Băncii Naționale a României, dacă nu este stabilit altfel prin contractul privind creanța respectivă sau prin legi speciale, este mai mică decât valoarea la care a fost înscrisă în tabelul definitiv de creanțe”) și nuanțează situația eşalonării creanței în defavoarea creditorului, considerând-o defavorizată *dacă și numai dacă creditorul nu-și dă acordul expres în acest sens*.

Ca atare, calificarea în concret a unei creanțe ca fiind sau nu defavorizată, se va face în funcție de exprimarea neechivocă a acordului cu privire la reeşalonare și nu de votul favorabil planului de reorganizare, exprimat de către creditor. O altă interpretare, în sensul că votul în favoarea planului de reorganizare, exprimat de către creditorul a cărui creanță a fost reeşalonată, schimbă caracterul creanței și aceasta nu mai este considerată defavorizată, ar face inaplicabilă ipoteza prevăzută la art. 139 alin. (1) lit. A, B și C – respectiv condiția ca „*una din categoriile defavorizate să accepte planul*”, căci transformând prezumția relativă într-una irefragabilă – *acceptarea* planului, elimină *defavorizarea* creditorului – ca atare nu vom mai putea găsi niciodată în ipoteza menționată.

5.2. Despăgubiri acordate creditorilor defavorizați într-o procedură de reorganizare

46. În privința despăgubirilor care urmează a fi oferite titularilor tuturor categoriilor de creanțe, în comparație cu valoarea estimată ce ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment, această mențiune trebuie corelată cu regula aferentă tratamentului corect și echitabil al creanțelor prin plan, menționată în cadrul art. 139 alin. (2) lit. a): „niciuna dintre categoriile care resping planul și nicio creanță care respinge planul nu primesc mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului”.

Jurisprudența^[1] a stabilit astfel admisibilitatea defavorizării spre zero a unei categorii de creditori, dacă în faliment categoria respectivă nu ar primi mai mult. În acest caz a fost stabilită, în concret, chiar lipsa obligativității prevederii, față de astfel de categorii defavorizate, a unor despăgubiri prin planul de reorganizare.

De asemenea, este relevantă și motivarea unei soluții pronunțate într-un dosar de reorganizare^[2], și anume faptul că deși legea implică menționarea obligatorie, în cuprinsul

^[1] C.A. București, dec. nr. 957 din 23 iunie 2010, nepublicată.

^[2] A se vedea Trib. București, s. a VII-a com., sent. com. nr. 6595 din 15 decembrie 2009, în care se reține astfel: „Raportat la nivelul de recuperare al creanțelor creditorilor în cazul intrării în faliment, în cazul reorganizării debitoarei planul de reorganizare propus va asigura acestora o recuperare a creanțelor într-un cuantum superior ipotezei în care s-ar dispune deschiderea procedurii falimentului, și anume în cuantum de 63%. Așadar, cu excepția creditorilor chirografari pentru care nivelul de recuperare a creanței va fi egal cu suma pe care ar fi primit-o în caz de faliment, toate celelalte categorii de creditori vor beneficia de un nivel superior de recuperare a creanței. În acest sens, judecătorului-sindic îi revine responsabilitatea de a stabili, pe de o parte, dacă sunt îndeplinite condițiile de admisibilitate a planului de reorganizare, iar pe de altă parte, de a alege între cele două opțiuni prezentate de către debitoare și anume, de a alege între a admite în principiu planul și a oferi

planului, a tratamentului categoriilor de creanțe defavorizate, nu implică însă obligativitatea ca prin planul de reorganizare propus să se prevadă *acordarea* către această categorie de creditori a vreunei despăgubiri, în ipoteza în care raportul de evaluare relevă că aceste categorii de creditori nu ar putea primi în caz de faliment nicio despăgubire.

De asemenea, lit. d) a alin. (4) din cadrul art. 133 din Codul insolvenței a venit cu o noutate, în sensul că a prevăzut expres necesitatea ca valoarea estimată care urmează a se primi în reorganizare, comparativ cu distribuțiile din faliment, să fie calculată în baza unui raport de evaluare, întocmit de un evaluator desemnat conform prevederilor art. 61.

În acest context considerăm aplicabilă și efectuarea *testului creditorului privat*, necesar creditorului bugetar pentru a-și putea forma un vot responsabil și informat în privința șanselor de recuperare a creanței sale într-o procedură de reorganizare, comparativ cu distribuțiile care s-ar putea obține în faliment. Un argument în sprijinul acestei soluții se desprinde din chiar definiția „testului creditorului privat” care își regăsește utilitatea și rațiunea oriunde pe parcursul procedurilor de prevenire a insolvenței sau de insolvență, când se ridică problema modului de realizare a creanței fiscale, sensul acestui „test” fiind de a certifica dacă un vot favorabil al creditorului bugetar ar intra sub riscul de calificare drept ajutor de stat. Un alt argument îl constituie faptul că realizarea unui astfel de test așează creditorul bugetar în poziția unui creditor privat, suficient de precaut și diligent, pentru a decide în cunoștință de cauză.

Ca atare, nimic nu împiedică creditorul bugetar ca, în paralel cu efectuarea acestei evaluări estimative a sumelor care urmează a fi primite în caz de reorganizare prin comparație cu distribuțiile care s-ar acorda în faliment, să deruleze propriul test al creditorului privat, desemnându-și în acest sens propriul evaluator autorizat membru ANEVAR, trasându-i astfel toate coordonatele obligatorii prevăzute de art. 5 pct. 71 din Codul insolvenței. Mai mult decât atât, nu vedem un impediment ca evaluatorul desemnat pentru determinarea valorii estimative generale, prevăzute de art. 133 alin. (4) lit. d), să efectueze *inclusiv testul creditorului privat*, pentru uniformitate în abordare și analiză.

47. O ultimă problemă care urmează a fi analizată este cea derivată din cronologia etapelor care trebuie parcurse pentru a se putea ajunge la efectuarea acestei analize estimative, în cadrul planului de reorganizare. Astfel, în ipoteza în care nu ar exista nicio contestație la tabelul preliminar de creanțe, acesta se transformă în tabel definitiv, fără a fi necesar să se aștepte termenul de 25 de zile prevăzut de art. 100 alin. (1) lit. d) din Codul insolvenței. Ca atare, în această situație, tabelul definitiv s-ar putea depune – în procedura generală – în termen de aproximativ o lună de la deschiderea procedurii. Desemnarea comitetului creditorilor, care va aproba numirea și remunerarea evaluatorului va putea fi făcută în prima adunare a creditorilor, care se va întruni în maxim 5 zile de la data definitivării tabelului. În această situație este posibil ca raportul de evaluare estimativă să nu fie finalizat până la data la care trebuie depus planul de reorganizare. O astfel de împrejurare constituie, în opinia noastră, un motiv întemeiat pentru a se solicita prelungirea termenului de depunere a planului de reorganizare, conform dispozițiilor art. 132 alin. (2) din Codul insolvenței.

De asemenea, o situație care ar putea conduce la același rezultat, însă cu o altă motivație, este situația *creanțelor beneficiind de o cauză de preferință*. Pentru astfel de

șansa unei recuperări a creanțelor de aproximativ 70% sau, de a respinge planul și de a dispune intrarea în faliment și pe cale de consecință a reduce la zero șansele tuturor creditorilor de a mai recupera ceva în faliment”.

creanțe, dispozițiile art. 112 din Codul insolvenței impun ca tabelul definitiv să fie depus odată cu raportul de evaluare a garanțiilor acestor creanțe. În această situație, credem că o soluție utilă și eficientă este de a se solicita evaluatorului ca, odată cu evaluarea garanțiilor, să procedeze și la efectuarea raportului de evaluare estimativă a ecuației reorganizare versus faliment. Ca atare, îmbrățișând această soluție, se ajunge în ipoteza în care, într-adevăr, termenul de 30 de zile pentru depunerea planului de reorganizare nu va fi afectat de inexistența acestui raport de estimare a valorii reorganizare versus faliment, întrucât tabelul definitiv se va depune numai împreună cu un raport centralizator, care va cuprinde ambele rapoarte.

5.3. Descărcarea de răspundere

48. În privința *descărcării de răspundere*, planul de reorganizare trebuie să menționeze dacă și în ce măsură debitorul, membrii grupului de interes economic, asociații din societățile în nume colectiv și asociații comanditați din societățile în comandită vor fi descărcați de răspundere. Această prevedere are relevanță doar în cazul în care planul de reorganizare nu reușește și se trece la procedura falimentului, întrucât, în această ipoteză, creanțele (pasivul) descărcate prin plan sunt reversate, în cadrul tabelului definitiv consolidat.

În cazul în care planul de reorganizare reușește (prin ipoteză, toți creditorii au primit, în întregime, sumele de bani prevăzute în programul de plăți, iar creanțele curente au fost achitate, exceptând situațiile în care creditorii au renunțat, creanța a fost considerată nedatorată sau au fost realizate alte înțelegeri cu respectivii creditori), debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan.

Astfel, se are în vedere, pe de o parte faptul că toți creditorii și-au primit sumele de bani prevăzute în planul de reorganizare, iar pe de altă parte, faptul că debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan, de unde rezultă că nu mai există un pasiv pentru care să poată fi atrasă răspunderea debitorului.

§6. Măsurile adecvate de implementare a planului de reorganizare

A. Păstrarea, în întregime sau în parte, de către debitor, a conducerii activității sale, inclusiv a dreptului de dispoziție asupra bunurilor din averea sa, cu supravegherea activității sale de către administratorul judiciar desemnat în condițiile legii

49. În planul de reorganizare trebuie să se menționeze în mod expres cine urmează să asigure conducerea activității debitoarei în această perioadă. Astfel, planul poate să prevadă faptul că debitorul își păstrează în tot sau în parte conducerea activității sale.

În cazul în care debitorul își păstrează în tot conducerea activității, administratorul judiciar va avea obligația de a-i supraveghea activitatea pentru a monitoriza dacă acesta respectă sau nu planul și să informeze creditorii și judecătorul-sindic, prin rapoartele pe care le întocmește, cu privire la modul de îndeplinire a planului de reorganizare.

În cazul în care debitorul își păstrează numai în parte conducerea activității, este absolut necesar ca, prin planul de reorganizare, să se precizeze în mod expres care sunt activitățile care intră în sarcina sa și care sunt activitățile care trebuie îndeplinite de către celelalte persoane numite să conducă o parte a activității debitorului. Și în acest caz, atât

pe partea de activitate pe care o îndeplinește debitorul, cât și pe partea de activitate pe care o îndeplinesc celelalte persoane numite, este absolut necesar ca administratorul judiciar să supravegheze activitatea acestora.

De asemenea, dreptul de dispoziție asupra bunurilor din averea debitorului poate fi păstrat de către acesta în întregime sau numai în anumite limite, care vor fi stabilite prin planul de reorganizare. Peste limitele stabilite, actele de dispoziție vor putea fi încheiate numai cu acordul expres al administratorului judiciar sau, după caz, al creditorilor.

O discuție interesantă poate apărea tocmai din perspectiva limitelor acestui drept de dispoziție. Astfel, în acest context trebuie în primul rând analizate dispozițiile art. 150 alin. (3), care stabilesc o *prezumție de fraudă* pentru (i) actele care nu respectă dispozițiile art. 87 alin. (1) și (2) sau (ii) actele care nu sunt permise de planul de reorganizare. Sancțiunea este aceea a anulării actelor, exceptând cazul în care cocontractantul dovedește buna sa credință la momentul încheierii actului.

O primă distincție trebuie făcută între actele de administrare și cele de dispoziție, în cadrul perioadei de reorganizare. Astfel, considerăm că se încadrează în categoria actelor de administrare acele acte care, raportate la regula "business as usual", îndeplinesc acest criteriu. În privința actelor de dispoziție, raportarea se face la întreg patrimoniul debitorului, astfel încât vor fi încadrate în categoria actelor de dispoziție doar acele acte sau operațiuni care nu sunt nominalizate în planul de reorganizare, dar care, din perspectiva patrimoniului debitorului, dobândesc o astfel de calificare.

O a doua distincție ar trebui făcută în privința limitelor în care actele de dispoziție pot fi efectuate cu acordul doar al administratorului judiciar, comparativ cu cele față de care un astfel de acord nu mai poate fi considerat suficient, fiind necesară aprobarea comitetului creditorilor. Raportarea se face în acest caz la dispozițiile art. 87 alin. (1) și (2), în sensul că este necesar acordul comitetului în perioada de reorganizare pentru îndeplinirea unui act de dispoziție în aceleași situații în care acest acord ar fi necesar și în perioada de observație.

Chiar dacă textul de lege vorbește despre păstrarea în întregime sau în parte de către debitor a conducerii activității sale, considerăm că este posibil ca prin planul de reorganizare să se prevadă expres faptul că debitorul pierde în *totalitate* dreptul de a-și mai conduce activitatea, acesta urmând să fie asigurat de către persoanele numite prin plan în acest scop. Considerăm că această soluție este preferabilă mai ales în cazul în care, în cadrul raportului cu privire la cauze întocmit de către administratorul judiciar, s-a stabilit faptul că una dintre cauzele care au condus la intrarea debitorului în insolvență a fost managementul defectuos. Numirea acelorși persoane la conducerea debitorului în perioada de reorganizare ar ridica mari semne de întrebare cu privire la șansele de reușită ale planului de reorganizare.

Referitor la chestiunea legată de posibilitatea acordării, prin planul de reorganizare, a dreptului de conducere a activității debitorului către *administratorul judiciar*, considerăm că acest lucru este posibil, pentru argumentele pe care le vom expune în continuare.

În primul rând, deși ca regulă, art. 133 alin. (5) lit. A) din Codul insolvenței precizează faptul că debitorul își păstrează, pe perioada reorganizării, dreptul de administrare prin administratorul special, administratorul judiciar exercitând doar supravegherea activității debitorului, această regulă comportă însă și o excepție, și anume cea prevăzută la art. 141 alin. (2) – și anume rezerva că dreptul de administrare să nu fi fost ridicat, potrivit art. 85 alin. (5).

Cum prevederile art. 85 alin. (5) se referă la ridicarea – în tot sau în parte – dreptului de administrare în perioada de observație, este evident faptul că, dacă cererea de ridicare a dreptului de administrare a fost admisă anterior deschiderii procedurii de reorganizare, consecința acestui fapt este transferarea atribuției de conducere a activității către administratorul judiciar, căci acesta este singura persoană căreia i se poate încredința acest drept în faza procesuală a perioadei de observație.

Totodată, teza finală a art. 141 alin. (2) din Codul insolvenței prevede posibilitatea ca dreptul de conducere să fie exercitat și de către unul dintre acționari, dacă, bineînțeles, s-a prevăzut astfel prin plan. Analizând dispozițiile legale menționate, s-ar putea considera că acestea instituie alte reguli decât cele privind conducerea activității prin administratorul special (art. 103 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 141 alin. (2) din Codul insolvenței). Din punctul nostru de vedere, dispozițiile mai sus citate reprezintă regula, iar, prin excepție, prin planul de reorganizare se poate deroga de la aceasta regulă, în sensul de a se prevedea fie că numai o parte a activității debitorului va fi condusă de către acesta, prin administratorul special, fie că întreaga activitate a debitorului va fi condusă de o altă persoană din rândul acționarilor/asociaților sau de către administratorul judiciar.

B. Obținerea de resurse financiare pentru susținerea realizării planului și sursele de proveniență a acestora, finanțările aprobate prin plan urmând să beneficieze de prioritate la restituire potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 2 sau, după caz, potrivit prevederilor art. 161 pct. 2

50. În primul rând, trebuie precizat faptul că *finanțările acordate prin planul de reorganizare se plătesc conform documentelor din care rezultă, la scadența acestora. Superprioritatea acestor finanțări se aplică doar în ipoteza în care acestea nu au fost restituite, iar debitoarea a intrat în procedura falimentului.*

a) Ipoteza prevăzută la art. 159 alin. (1) pct. 2

51. Conform dispozițiilor art. 133 alin. (5) lit. B), planul poate să prevadă obținerea de resurse financiare pentru susținerea acestuia, precum și sursele de proveniență, finanțările aprobate prin plan urmând să beneficieze de prioritate la restituire potrivit prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 2 sau, după caz, potrivit prevederilor art. 161 pct. 2. *Astfel, pentru o corectă încadrare în ipoteza prevăzută la art. 159 alin. (1) pct. 2, este necesar ca în favoarea acestor creditori finanțatori, prin plan, să se constituie garanții.*

O astfel de susținere este justificată întrucât dispozițiile art. 159 alin. (1) pct. 2 se referă în mod expres la creditorii care beneficiază de cauze de preferință. Aceste garanții pot fi instituite fie asupra bunurilor asupra cărora nu poartă garanții sau asupra unor bunuri asupra cărora sunt deja constituite garanții. În acest din urmă caz, chiar dacă rangul garanției ar fi unul subsecvent, având în vedere ordinea de distribuire prevăzută la art. 159 alin. (1) pct. 2, acestea ar fi plătite cu prioritate. Ele ar putea veni în concurs cu finanțările acordate în perioada de observație, caz în care *distribuirea ar trebui făcută pro-rata.*

Oricum, tocmai pentru faptul că aceste garanții sunt prevăzute a fi constituite direct prin planul de reorganizare, care urmează a fi votat de către creditori și confirmat de către judecătorul-sindic, considerăm că nu mai este necesar un acord suplimentar din

partea adunării creditorilor sau din partea creditorului care are instituita deja o garanție pe acel bun.

O problemă care s-ar putea ridica ar fi aceea dacă nu cumva instituirea unei astfel de garanții ar putea fi interpretată ca fiind o modificare sau o stingere a unei cauze de preferință, caz în care ar trebui să i se acorde creditorului înscris pe tabelul de creanțe o protecție corespunzătoare [conform art. 133 alin. (5) lit. G]. În opinia noastră, nu considerăm ca ne încadrăm în această ipoteză legală, având în vedere faptul că instituirea unei noi cauze de preferință nu conduce nici la modificarea și nici la stingerea garanției inițiale, ci doar ordinea de distribuire este una specială, derogatorie de la dreptul comun.

b) Ipoteza prevăzută la art. 161 pct. 2

52. În cazul în care finanțarea se acordă fără constituirea de garanții, creditorul care acordă această finanțare, în caz de faliment, va beneficia de prioritatea prevăzută la art. 161 pct. 2. Și în acest caz, există posibilitatea ca acest creditor să vină în concurs cu acel creditor care a acordat finanțare, însă în perioada de observație. De remarcat este și faptul că art. 161 pct. 2, deși face trimitere expresă numai la art. 87 alin. (4), se aplică și în acest caz, întrucât art. 133 alin. (5) lit. B) face trimitere în mod expres la acest articol.

C. Transmiterea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului către una ori mai multe persoane fizice sau juridice, constituite anterior ori ulterior confirmării planului

53. Acest text normativ are în vedere fie ipoteza în care se înstrăinează anumite bunuri contra unui anumit preț, fie ipoteza în care aceste bunuri sunt aduse ca aport la capitalul social al unei societăți deja existente sau care ia ființă, debitorul primind un anumit număr de părți sociale/acțiuni, de pe urma cărora va obține dividende sau le va putea înstrăina în schimbul obținerii unei anumite sume de bani.

Deși textul nu a suferit modificări, considerăm că este necesar a aduce anumite clarificări. Se are în vedere ipoteza în care, la data redactării planului de reorganizare, există o ofertă clară, angajantă, de cumpărare a unora sau a tuturor bunurilor din averea debitoare. În acest caz, *atât cumpărătorul cât și prețul sunt deja identificați/stabiliți*. Considerăm că ipoteza persoanelor juridice constituite „*ulterior confirmării planului*” are în vedere situația în care cel care face oferta nu are, la momentul respectiv, capacitatea de a dobândi acele bunuri (spre exemplu, este cetățean al unui stat non-membru UE, care dorește să achiziționeze un teren), astfel încât trebuie să-și constituie o societate în România. În ceea ce privește prețul, considerăm că acesta trebuie să fie cel puțin egal cu prețul din raportul de evaluare, luându-se în considerare valoarea de piață, iar nu valoarea de vânzare forțată, întrucât vânzarea se realizează în perioada de reorganizare și nu în faliment.

De asemenea, în acest caz, nu mai este necesar a se realiza procedura de vânzare prevăzută la art. 154-158 din Codul insolvenței. Considerăm că aceasta este și *diferența principală între transmiterea bunurilor în temeiul lit. C și lichidarea acestora întemeiată pe lit. E, respectiv F a dispozițiilor art. 133*.

Deși în versiunea actuală a lit. F) a art. 133 legiuitorul nu a mai prevăzut faptul că lichidarea se face conform dispozițiilor art. 154-158 [astfel cum era prevăzut în cadrul art. 95 alin. (6) lit. F) din Legea nr. 85/2006], *ratio legis* este însă evident faptul că, în condițiile în care planul de reorganizare nu prevede concret care este modalitatea de

lichidare a activelor, lichidarea bunurilor nu se poate face după alte reguli decât cele prevăzute în capitolul 2 („Efectuarea lichidării”).

D. Fuziunea sau divizarea debitorului, în condițiile legii, inclusiv cu respectarea obligațiilor de notificare a operațiunilor de concentrare, potrivit legislației în domeniul concurenței. În cazul divizării, dispozițiile art. 241¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu se aplică

54. Urmează a analiza în continuare, în mod distinct, atât operațiunea fuziunii, cât și cea a divizării, cu toate particularitățile aduse de Codul insolvenței regimului juridic al acestor operațiuni.

a) Fuziunea debitorului

55. Codul insolvenței prevede numai faptul că fuziunea se realizează în condițiile legii, cu obligația de notificare a operațiunilor de concentrare economică. Considerăm că exprimarea folosită de legiuitor, și anume „în condițiile legii”, se referă la Legea nr. 31/1990 a societăților, cu modificările și completările ulterioare. Este însă evident faptul că există anumite aspecte care derogă de la dispozițiile Legii nr. 31/1990, chiar dacă o astfel de derogare nu este prevăzută în mod expres, însă aceasta rezultă din incompatibilitatea anumitor norme, specifice dreptului societar, cu dispozițiile speciale ale Codului insolvenței.

De aceea, apreciem că o modificare de substanță în privința regulilor fuziunii sau divizării, aplicabile societăților aflate în insolvență trebuie realizată în cuprinsul legislației societare și nu în legislația insolvenței. În sprijinul acestei afirmații aducem câteva argumente:

- nu există necesitatea aprobării fuziunii de către AGEA a societăților implicate în această operațiune; această operațiune de fuziune se înscrie în planul de reorganizare și se votează de către creditorii, indiferent dacă este un plan propus de către debitoare (când este necesară AGEA) sau un plan propus de către creditorii sau administratorul judiciar (când nu este necesară AGEA); în sprijinul acestei interpretări sunt și dispozițiile art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței, care prevăd posibilitatea modificării actului constitutiv fără acordul asociaților/acționarilor;

- nu există necesitatea întocmirii unui proiect de fuziune separat; în schimb, considerăm că acest proiect (cuprinzând toate informațiile necesare prevăzute de Legea nr. 31/1990) trebuie cuprins în planul de reorganizare, la capitolul care prevede această măsură, pentru însăși efectivitatea punerii în aplicare a planului;

- nu este necesară publicarea proiectului de fuziune în Monitorul Oficial, publicitatea efectuându-se conform regulilor din Codul insolvenței privitoare la planul de reorganizare;

- nu există posibilitatea formulării de opoziții de către creditorii; fiind o procedură concursuală, aceștia își pot valorifica drepturile doar în cadrul procedurii insolvenței și pot formula contestațiile prevăzute de această lege specială; în cazul în care planul este votat de către creditorii și confirmat de către judecător, fuziunea devine automat și necondiționat opozabilă tuturor creditorilor.

În cazul în care fuzionează două societăți aflate în procedura insolvenței, judecătorul-sindic desemnat în fiecare dintre procedurile de insolvență aparținând celor două societăți trebuie să verifice condițiile de confirmare pentru societatea respectivă. După

realizarea efectivă a fuziunii, noua societate va dobândi toate activele societății absorbite, dar va trebui să achite și toate sumele înscrise în programul de plată al acesteia, precum și toți creditorii curenți. Până la data realizării efective a fuziunii – denumită dată de efect^[1] – (dacă există un decalaj între confirmarea primului plan, confirmarea celui de al doilea plan și realizarea fuziunii în sine), cele două societăți trebuie să achite sumele din programul de plăți (dacă acestea sunt scadente în această perioadă), precum și creanțele curente.

În cazul în care numai un plan de reorganizare se confirmă, este evident că fuziunea nu mai poate avea loc. Pentru societatea al cărei plan a fost confirmat, dacă s-a prevăzut și continuarea activității și reorganizarea, chiar și în lipsa fuziunii, considerăm că aceasta nu poate intra în faliment, decât în cazurile și condițiile prevăzute de lege. Susținem această opinie având în vedere faptul că planul de reorganizare trebuie să fie caracterizat, în esență, de un anumit grad de flexibilitate în privința modalităților sale de implementare. Elementul care nu se poate schimba, având un caracter stabil, este programul de plăți, însă considerăm posibile *soluții alternative* pe care planul de reorganizare le poate prevedea, în sensul în care, dacă o anumită modalitate nu se poate realiza sau se ivesc alte impedimente legale, devine activă o altă modalitate.

În sprijinul acestei opinii aducem chiar argumentul de interpretare al dispozițiilor art. 133 alin. (5) din Codul insolvenței, care folosește termenul „cum ar fi”, deci exemplificativ, iar nu restrictiv. Un alt argument derivă și din reglementarea în teoria generală a obligațiilor a obligațiilor alternative^[2], adică *in facultate solutionis*. În acest caz, devin incidente obligațiile alternative în care alegerea aparține debitorului, fiind vorba astfel despre o singură prestație, ca obiect al obligației, dar cu o pluralitate de prestații în privința posibilității efective de plată, în sensul de stingere a obligației.

În ceea ce privește societatea absorbită, după realizarea fuziunii, dosarul va trebui trimis spre conexare (sau, pe cale administrativă) la dosarul societății absorbante.

b) Divizarea debitorului. Inaplicabilitatea dispozițiilor art. 241¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990

56. Și în cazul divizării, considerăm că se aplică, *mutatis mutandis*, aceleași excepții și derogări incidente și în cazul operațiunii de fuziune. De asemenea, s-a prevăzut în mod expres faptul că nu se aplică dispozițiile art. 241¹ alin. (3) din Legea nr. 31/1990, care prevăd că, în ipoteza în care un creditor nu a obținut realizarea creanței sale de la societatea căreia îi este repartizată creanța prin divizare, *toate* societățile participante răspund solidar.

O primă problemă care se ridică este aceea de a se stabili cum se împart activele/pasivele care se transmit către noile societăți. În primul rând, acestea ar trebui să fie *echivalente*, ținând cont de valoarea de piață a activelor și a creanțelor transferabile (astfel cum rezultă din planul de reorganizare și din programul de plăți). De asemenea, trebuie ținut cont și de garanțiile care însoțesc acele bunuri. Ca regulă, ar trebui ca o creanță garantată să se transfere împreună cu garanția către aceeași societate.

^[1] Doctrina consideră că fuziunea se considerată executată (ca dată la care se produc efectele), de exemplu, în cazul fuziunii prin contopire, la data înregistrării în registrul comerțului a noii societăți. A se vedea în acest sens St.D. Cârpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale, comentariu pe articole, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, p. 249.

^[2] C. Stătescu, C. Bîrsan, Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a IX-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2008, p. 398.

O altă problemă este aceea de a stabili cum se pot transfera aceste active/pasive către anumite societăți nou înființate sau către societăți care nu sunt în procedura insolvenței. Pe de o parte, în lipsa unui text normativ, considerăm că nu este posibilă închiderea procedurii insolvenței fără plata acelor creanțe (obligații) care doar *se transferă* către alte societăți (cu excepția cazului în care toți creditorii sau măcar cei care urmează să fie „transferați” către altă societate ar fi de acord cu scoaterea creanțelor în afara planului). De asemenea, chiar în definiția reorganizării se precizează ca este vorba și despre *respectarea* planului de reorganizare care presupune, în primul rând și de esența sa, plata creditorilor. Pe de altă parte, este greu de admis că anumite societăți se înființează direct în stadiul de „insolvente” (ca efect al transferului de pasive) sau că anumite societăți, care nu sunt în insolvență, ar intra în procedură strict ca urmare a faptului ca au fuzionat sau au primit în patrimoniu anumite active/pasive ale unei societăți în insolvență.

E. Lichidarea tuturor sau a unora dintre bunurile averii debitorului, separat ori în bloc, libere de orice sarcini, sau darea în plată a acestora către creditorii debitorului, în contul creanțelor pe care aceștia le au față de averea debitorului. Darea în plată a bunurilor debitorului către creditorii săi va putea fi efectuată doar cu condiția prealabilă a acordului scris al creditorilor cu privire la această modalitate de stingere a creanței lor

57. În primul rând, astfel cum am menționat și în cadrul punctului 6.3., *supra*, legiuitorul Codului insolvenței nu a mai prevăzut faptul că valorificarea bunurilor în cadrul procedurii de reorganizare se face cu respectarea dispozițiilor art. 154-158 (corolarul art. 116-120 din Legea nr. 85/2006), eliminarea normei de trimitere nefiind întâmplătoare, rațiunea fiind aceea că, dacă prin planul de reorganizare *s-a stabilit* în mod concret modalitatea de lichidare a activelor, pe de o parte, nu putem avea o dublă aprobare din partea adunării creditorilor pe aceeași chestiune supusă votului. Pe de altă parte, dacă admitem că este posibil atât votul în cadrul adunării creditorilor de aprobare a planului de reorganizare (deci pe categorii de creditori) cât și votul în adunarea creditorilor (pe majoritate a creanțelor), rezultatul votului poate fi diferit. În această ultimă ipoteză vom avea o problemă de implementare a măsurii cuprinse în planul confirmat.

Necesitatea existenței, în cadrul procedurii de reorganizare, a unei norme de trimitere la modalitatea de efectuare a lichidării activelor debitorului conform regulilor din materia falimentului, este dată de situațiile în care planul de reorganizare, deși cuprinde mențiunea lichidării activelor, nu stabilește în *concret* modalitatea în care lichidarea poate avea loc, respectiv licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două.

Tocmai de aceea, în contextul eliminării normei de trimitere la dispozițiile art. 154-158 (corespondentul art. 116-118 din Legea nr. 85/2006), considerăm că planul de reorganizare care prevede lichidarea tuturor sau a unor bunuri din averea debitorului trebuie să prevadă în mod expres și detaliat însăși modalitatea de vânzare a bunurilor, astfel încât, odată aprobat planul de către creditori și confirmat de către judecătorul-sindic, să nu mai fie necesar a apela din nou la acordul creditorilor în ceea ce privește procedura de valorificare. Mai mult decât atât, considerăm și noi, în consens cu literatura de specialitate^[1], că astfel de „repetiții” ale procedurii de vânzare a bunurilor ar fi de natură a genera o încetinire a procesului de obținere de fonduri bănești, mai mult decât atât, o încălcare a principiului celerității procedurii. Nu în ultimul rând, s-ar putea ajunge și la situația

[1] Gh. Piperea, op.cit., p. 649.

unor hotărâri contradictorii. Astfel, de exemplu, în cuprinsul planului de reorganizare se hotărăște vânzarea bunului prin negociere directă, iar, ulterior, în adunarea creditorilor, se poate decide apelarea la o licitație publică pe baza unui regulament de vânzare, ca atare apare riscul de contradicție la nivelul manifestării decizionale în privința implementării mecanismelor adecvate de realizare a planului de reorganizare.

Cea de-a doua teză prevăzută de acest text normativ este aceea a dării în plată a bunurilor din averea debitorului către creditorii acestuia, în contul creanțelor pe care aceștia le au de recuperat, cu acordul scris al creditorului în privința respectivei operațiuni.

Codul insolvenței a preluat condiția expresă a „acordului scris al creditorului” existentă și în sistemul Legii nr. 85/2006 [art. 95 alin. (6) lit. E)], condiționare derivată din regimul juridic general al stingerii obligațiilor^[1]. Aceeași condiționare de acordul creditorului este prevăzută și în cadrul lit. J) de mai jos, unde se prevede că, pentru înscrierea în plan a unei emisiuni de titluri de valoare, este necesar acordul prealabil, scris al creditorului care urmează să primească titlurile de valoare în locul creanței sale. Or, *ubi eadem ratio legis, ibi eadem ius*.

F. Lichidarea parțială sau totală a activului debitorului în vederea executării planului. Sumele de bani obținute după vânzarea unor bunuri asupra cărora poartă cauze de preferință, potrivit prevederilor Codului civil, vor fi distribuite, obligatoriu, creditorilor titulari ai acelor cauze de preferință, cu respectarea dispozițiilor art. 159 alin. (1) și (2)

58. Este o nouă dispoziție de natură a crea echitate și previzibilitate în ceea ce privește distribuțiile aferente planului de reorganizare, întrucât în sistemul Legii nr. 85/2006 aceasta nu era prevăzută. Astfel, au existat cazuri în care o garanție era valorificată prin planul de reorganizare, sumele erau utilizate în activitatea curentă, dar creditorul beneficiar al garanției respectiv era practic „blocat”, fie pentru că scadența de plată a sumelor care urmau a-i fi distribuite nu se împlinise încă, fie pentru că planul prevedea înlocuirea garanției preexistente cu o nouă garanție, asupra unor active ce urmau a fi edificate sau achiziționate din sumele de bani obținute din garanția anterioară. În acest fel, garanția preexistentă a creditorului beneficiar era golită de conținut, cel mai adesea planul de reorganizare eșua, cu consecința intrării debitorului în procedură de faliment, precum și a pierderii garanției de către creditor.

Deși regimul juridic al protecției garanției este unul universal și valabil acceptat, s-a simțit nevoia introducerii unui text normativ expres, care să confere creditorului garantat *certitudinea* încasării sumelor de bani aferente valorificării bunului său în procedura de reorganizare.

De asemenea, trebuie observat că, anterior plății respectivului creditor, se achită cheltuielile prevăzute de dispozițiile art. 159 alin. (1), precum și finanțările acordate în timpul procedurii, prevăzute la art. 159 alin. (2). În cazul în care acestea din urmă nu ar fi scadente, considerăm că partea din suma ce s-ar cuveni acestor creditori ar trebui în mod corespunzător *provizionată* și, în ipoteza în care s-ar trece la faliment, ar urma să fie plătită cu prioritate, iar în ipoteza în care aceste sume se restituie de către debitor

^[1] A se vedea, în acest sens, C. Stătescu, C. Bârsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu, 2008, p. 384: „Această schimbare a prestației se face numai cu consimțământul creditorului, deoarece, potrivit principiului înscris în art. 1100 C. civ., creditorul nu poate fi obligat să primească o altă prestație decât aceea care i se datorește, chiar dacă valoarea prestației oferite este egală sau mai mare”.

(restituire a finanțării), ar trebui plătite în continuare creditorului garantat (dacă acesta nu a fost plătit între timp).

G. Modificarea sau stingerea cauzelor de preferință, cu acordarea obligatorie în beneficiul creditorului titular a unei garanții sau protecții echivalente, potrivit prevederilor art. 78 alin. (2) lit. c) până la acoperirea creanței acestora, inclusiv dobânzile stabilite conform contractelor sau planului de reorganizare, pe baza unui raport de evaluare, cu parcurgerea procedurii prevăzute de art. 61

59. În caz de modificare sau de stingere a unei *cauze de preferință* (altfel decât prin vânzarea bunului respectiv, caz în care se aplică dispozițiile de la lit. F, este absolut necesar ca acel creditor să beneficieze de o protecție corespunzătoare, potrivit dispozițiilor art. 78 alin. (2) lit. c.). De asemenea, protecția echivalentă trebuie să acopere creanța celui creditor (inclusiv dobânzile) chiar dacă, spre exemplu, bunul asupra căruia purta inițial cauza respectivă de preferință se situa sub valoarea creanței. O altă problemă majoră este dată și de faptul că, în timp, garanția respectivă se poate modifica sau eroda. Pentru aceste considerente, considerăm că acest text va fi destul de rar utilizat în practică.

În reglementarea Legii nr. 85/2006, acest text normativ era utilizat pentru a reglementa ipoteza vânzării bunului garantat. În acest caz, vânzarea ducând la stingerea garanției, era necesar să i se acorde creditorului o protecție corespunzătoare.

H. Prelungirea datei scadenței, precum și modificarea ratei dobânzii, a penalității sau a oricărei alte clauze din cuprinsul contractului ori a celorlalte izvoare ale obligațiilor sale

60. Prin planul de reorganizare este posibil să se prevadă faptul că scadența stabilită contractual se prelungește sau că rata dobânzii se modifică, în general se pot modifica oricare dintre clauzele cuprinse în contractele semnate de către debitor.

O primă mențiune se referă la faptul că o astfel de posibilitate există numai pentru contractele care nu au fost denunțate, fiind în curs de executare. De asemenea, în cazul în care, spre exemplu, scadența se prelungește prin planul de reorganizare, fără acordul creditorului, acea creanță va fi considerată una *defavorizată* [conform dispozițiilor art. 5 pct. 16 lit. b) din Codul insolvenței].

O a doua mențiune se referă la faptul că această dispoziție derogă de la prevederile art. 123 alin. (5) din Codul insolvenței, care prevăd faptul că pe parcursul perioadei de observație, administratorul judiciar va putea să modifice clauzele contractelor încheiate de către debitor, inclusiv contractele de credit, astfel încât acestea să asigure echivalența prestațiilor viitoare, dar numai cu acordul cocontractantului.

Astfel, în cazul unui *plan de reorganizare care prevede modificarea unora dintre clauzele contractuale*, atâta timp cât acest plan este aprobat de către creditori și confirmat de către judecătorul-sindic, modificările vor fi opozabile cocontractantului, indiferent dacă acesta a fost sau nu de acord cu planul. Suntem în prezența unei excepții de la principiul *mutuus consensus mutuus disensus*, debitorul putând astfel să modifice unilateral contractele în care este parte.

În concluzie, dacă în perioada de observație, pentru a modifica clauzele unui contract de credit, este necesar acordul cocontractantului, în perioada de reorganizare, dacă s-a prevăzut acest lucru în plan, clauzele contractului pot fi modificate fără acordul cocon-

tractantului, ca efect al caracterului colectiv și concursual al procedurii și al votului favorabil exprimat în mod colectiv și nu individual.

I. Modificarea actului constitutiv al debitorului, în condițiile legii

61. Această opțiune prin care se poate materializa un plan de reorganizare a fost definită în literatura de specialitate^[1] ca fiind o „*preluare ostilă*” (*hostile take-over*). Practic, în acest caz, prin planul de reorganizare se hotărăște, în locul acționarilor/asociațiilor, ca titlurile de valoare să fie emise în favoarea unuia sau a mai multor creditori în locul asociațiilor/acționarilor existenți care, în mod normal, au un drept de preferință. Această posibilitate ridică problema legată de existența sau nu a unui *drept de preferință* al acționarilor – respectiv dacă în cazul unei majorări a capitalului social prin planul de reorganizare, terțul investitor este ținut să respecte dreptul de preferință al acționarilor, atâta timp cât dispozițiile art. 133 alin. (6) din Codul insolvenței prevăd posibilitatea derogării de la Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale doar în privința *modificării* actului constitutiv.

Dreptul de preferință, respectiv dreptul de a participa cu prioritate la majorarea capitalului social, se naște în patrimoniul acționarului la momentul majorării capitalului social și operează *de drept*, fără a exista posibilitatea suprimării acestuia prin acte constitutive sau statute^[2]. Or, de vreme ce actul constitutiv nu poate conține dispoziții potrivnice legii, la o primă analiză, orice modificare a actului constitutiv, care va putea fi luată, prin derogare de la Legea nr. 31/1990, fără aprobarea acționarilor, nu ar putea afecta dreptul de preferință, pentru că el are ca izvor însăși legea. Așa fiind, modificarea actului constitutiv conferită de lit. L a textului normativ în discuție, prin derogare de la dreptul societar și de la legislația privind piața de capital, ar putea afecta orice drept, *mai puțin pe cel de preferință*, al cărui izvor este legea și nu înțelegerea părților materializată prin actul constitutiv.

Pe de altă parte, credem că intenția legiuitorului a fost aceea ca, printr-o lege specială, să se deroge de la prevederile Legii nr. 31/1990 privind societățile și să se permită, în circumstanțe bine delimitate de lege, *preluarea ostilă* a societății debitoare aflată în procedură de insolvență. Această opinie este fundamentată în primul rând, pe teoria preluării ostile din *Bankruptcy Code* al legislației americane – una din sursele de inspirație ale planului de reorganizare din legea română. Astfel, potrivit principiilor care guvernează *Chapter 11* din *US Bankruptcy Code*, odată cu expirarea perioadei de exclusivitate a debitorului de a propune un plan de reorganizare, perioadă care este de 120 de zile de la data deschiderii procedurii, dacă aceasta nu este prelungită de către Curte, creditorii au dreptul să propună propriul plan de reorganizare, care poate să prevadă fie o preluare a activelor, fie o preluare a acționariatului printr-o majorare de capital social^[3]. Același raționament îl regăsim deopotrivă și în legislația română a insolvenței, care încurajează debitorul aflat în stare de insolvență să solicite deschiderea procedurii și sancționează, totodată, refuzul acestuia de a se adresa tribunalului.

Dreptul de preferință al acționarilor de a majora capitalul social subzistă doar în ipoteza unui plan de reorganizare propus de către debitor, în caz contrar controlul procedu-

^[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 642. Autorul justifică rațiunea unei astfel de preluări prin aceea a „pierderii încrederii în managementul emitentului”. De asemenea, autorul enumeră precedente de preluări ostile „în special pe piețele de capital din Statele Unite și Marea Britanie, unde funcționează adevărate piețe pentru controlul societăților cotate”.

^[2] Gh. Piperea, op. cit., p. 289.

^[3] C. Mann, L.P. Goldberger <http://www.turnaround.org/Publications/Articles.aspx?objectID=1657>.

rîi se transferă creditorilor, care vor avea și dreptul de a propune un plan de reorganizare, cu posibilitatea modificării structurii acționariatului printr-o majorare de capital. De altfel, considerăm că aceasta este rațiunea pentru care derogarea de la legile speciale prevăzută de art. 133 alin. (6) din Codul Insolvenței vizează doar ipoteza în care aveam de-a face cu un plan propus de către creditorii, această dispoziție legală operând ca un efect al nerespectării obligației debitorului de a formula cerere de deschidere a procedurii insolvenței sau de a recunoaște starea de insolvență în care se află.

Nu în ultimul rînd, dacă acționarii debitorului doresc să participe la o majorare de capital social al debitoarei, nimic nu îi împiedică pe aceștia să propună creditorilor, în perioada de observație, o atare intenție.

În cazul unui plan de reorganizare propus de către administratorul judiciar, atîta timp cît alin. (6) al art. 133 din Codul insolvenței are în vedere numai planul propus de către creditorii sau de administratorul judiciar, considerăm că modificarea actului constitutiv al debitorului, prin planul de reorganizare, se poate face fără acordul adunării generale a asociațiilor/acționarilor. Odată ce un astfel de plan este aprobat de creditorii și confirmat de către judecătorul-sindic, creditorul care a primit, în locul creanței sale, un anumit număr de acțiuni, se poate înregistra în calitate de asociat/acționar al celui debitor în baza planului de reorganizare, fără a mai fi necesar a se îndeplini și alte formalități suplimentare.

J. Emiterea de titluri de valoare de către debitor sau oricare dintre persoanele prevăzute la lit. D și E, în condițiile prevăzute de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și de Legea nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare. Pentru înscrierea în plan a unei emisiuni de titluri de valoare este necesar acordul expres, în scris, al creditorului care urmează să primească titlurile de valoare emise, acord ce se dă înainte de exprimarea votului asupra planului de reorganizare de către creditorii. Prin excepție de la prevederile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare, operațiunile prevăzute de prezenta literă sunt considerate operațiuni exceptate în sensul art. 205 alin. (1) din Legea nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare

62. În primul rînd, *emiterea de titluri de valoare* se face în conformitate cu dispozițiile Legii nr. 31/1990. În acest scop, este necesar acordul creditorului care primește titlurile de valoare, acord care trebuie dat înainte de exprimarea votului asupra planului. În reglementarea Legii nr. 85/2006, acest acord trebuia dat pînă la admiterea în principiu a planului (procedură care, astfel cum am văzut, fusese anterior abrogată). Oricum, dacă se inserează în planul de reorganizare o astfel de modalitate de stingere a creanțelor, este necesară certitudinea în sensul ca acest acord există, încă de la depunerea planului.

O discuție poate fi făcută în privința posibilității votării planului de reorganizare în lipsa acestui acord, dacă acordul poate fi primit ulterior, pînă la procedura de confirmare a planului de către judecătorul-sindic, avînd în vedere că nu îndeplinește condițiile de legalitate la data votării (lipsa acordului). Dacă se apreciază că sancțiunea care intervine este *nulitatea relativă*, procedura de confirmare ar putea acoperi această nulitate, astfel încît dacă acordul se prezintă pînă la data punerii în discuție a confirmării planului de către judecătorul-sindic, acesta îndeplinește condițiile de legalitate și va putea fi confirmat. Soluția contrară, a aprecierii sancțiunii care intervine ca fiind *nulitatea absolută*, ar lipsi actul nul de posibilitatea de confirmare, ceea ce ar atrage imposibilitatea de confirmare a planului de reorganizare de către judecătorul-sindic. Pentru societățile listate,

această operațiune este considerată o operațiune exceptată de la dispozițiile art. 205 alin. (2) din Legea nr. 297/2004 privind piața de capital.

Este posibil ca, urmare a conversiei creanței în acțiuni, un acționar care devine astfel majoritar, să nu poată lua anumite hotărâri dat fiind faptul că, în conformitate cu actul constitutiv, aceste hotărâri se pot lua cu un procent mai mare din capitalul social decât cel deținut de el. Într-un astfel de caz este posibil ca, prin planul de reorganizare, să se prevadă faptul că toate hotărârile se iau cu procentul deținut de asociatul/acționarul care a devenit majoritar ca urmare a conversiei creanței sale în acțiuni/părți sociale.

Practic, *în planul de reorganizare, trebuie să se precizeze toate detaliile acestei operațiuni și anume: care este suma cu care se măjorează capitalul social, care este creanța care urmează a se converti în acțiuni/părți sociale, care este numărul acțiunilor/părților sociale nou emise și care este noua structură a acționarilor/asociaților.*

O problemă întâlnită în practică a fost aceea în care sentința judecătorului-sindic a dispus prin dispozitiv: „confirmă planul de reorganizare”, situație în care Oficiul Registrului Comerțului a comunicat faptul că în dispozitiv, ar fi trebuit să existe o completare, în sensul următor: „Dispune efectuarea de către Oficiul Registrului Comerțului a cuvenitelor modificări ale datelor înregistrate privind structura acționarului debitoarei potrivit noilor modificări așa cum sunt prevăzute la filele corespunzătoare din planul de reorganizare”. Soluția remediu a fost aceea de a se formula o cerere de completare a hotărârii, astfel încât Oficiul Registrului Comerțului să aibă baza legală pentru a putea opera respectivele modificări. Tocmai de aceea, este de preferat să se solicite în mod expres judecătorului-sindic ca, în dispozitiv, să fie menționată/reluată întreaga procedura de majorare, cuprinsă în planul de reorganizare.

O astfel de posibilitate de preluare a controlului unei societăți prin intermediul unui plan de reorganizare există și pentru băncile care au acordat credite acelei companii aflate în insolvență. Conform legii bancare, băncile nu pot achiziționa participații la alte societăți ne-bancare dacă, urmare a acelei preluări, s-ar ajunge la situația în care banca ar controla acea entitate. Cu toate acestea, conform Regulamentului B.N.R. nr. 26/2011, această limitare nu se aplică în cazul deținerilor *temporare* de acțiuni/părți sociale în cursul unei operațiuni de asistență sau restructurare financiară a unei entități din afara sectorului financiar. De asemenea, este necesar ca o astfel de preluare să respecte condițiile cumulative prevăzute în Regulamentul B.N.R. nr. 26/2011. Într-un astfel de caz, este necesar ca banca să notifice Direcției supraveghere din cadrul B.N.R. intenția de preluare. În cazul în care răspunsul este unul negativ (în ipoteza în care B.N.R. consideră că nu sunt îndeplinite condițiile Regulamentului nr. 26/2011), acțiunile/părțile sociale pot fi dobândite, însă banca nu mai poate deține controlul asupra aceluși debitor. De asemenea, conform Regulamentului nr. 26/2011, într-un astfel de caz, acțiunile/părțile sociale nu pot fi deținute pentru o perioadă mai mare de 36 de luni cu posibilitatea de prelungere până la maxim 48 de luni.

K. Prin excepție de la prevederile lit. J, planul de reorganizare nu poate prevedea conversia creanțelor bugetare în titluri de valoare

63. Deși negația în privința unei astfel de conversii este conținută în mod expres de acest text normativ, o considerăm superfluă, întrucât, pe de o parte, astfel cum am demonstrat mai sus, principiile generale ale obligațiilor impun necesitatea acordului creditorului pentru schimbarea obiectului prestației, iar pe de altă parte alte două texte

(lit. E și lit. J de mai sus) prevăd în mod expres necesitatea acordului. Ca atare, „întărirea” acestui mecanism protectiv prin intermediul unei negații, *de plano*, nu credem că era justificată. În orice caz, fiind vorba despre o excepție, care este de strictă interpretare și aplicare, considerăm că acești creditori bugetari pot primi, cu acordul lor, alte bunuri mobiliare sau imobiliare, în locul creanțelor pe care le dețin împotriva debitorului, în temeiul lit. E) a textului normativ analizat.

Mai mult decât atât, dispozițiile O.G. nr. 25/2014 privind unele măsuri pentru diminuarea arieratelor bugetare ale unor operatori economici din industria de apărare și reglementarea altor măsuri fiscal-bugetare, prevăd în mod expres posibilitatea conversiei creanței bugetare în acțiuni, în cadrul art. 10 alin. (1): „La operatorii economici la care statul este acționar integral sau majoritar, se poate aproba, în condițiile legii și cu respectarea procedurilor privind ajutorul de stat, conversia în acțiuni a obligațiilor fiscale de natura celor prevăzute la art. 3 și a obligațiilor fiscale către fondul de risc ca urmare a împrumuturilor externe garantate de stat”.

L. Inserarea în actul constitutiv al debitorului – persoană juridică – sau al persoanelor prevăzute la lit. D și E a unor prevederi:

- a) de prohibire a emiterii de acțiuni fără drept de vot;
- b) de determinare, în cazul diferitelor categorii de acțiuni ordinare, a unei distribuții corespunzătoare a votului între aceste categorii;
- c) în cazul categoriilor de acțiuni preferențiale cu dividend prioritar față de alte categorii de acțiuni, de reglementare satisfăcătoare a numirii administratorilor reprezentând categoriile de acțiuni respective în ipoteza neonorării obligației de plată a dividendelor.

64. Astfel de prevederi reprezintă, în sine, o conturare a acelei „preluări ostile” descrisă în cadrul lit. I) de mai sus, în corelație cu alin. (6) al art. 133 din Codul insolvenței.

§7. Termenul de realizare a planului de reorganizare

7.1. Durata planului de reorganizare

65. Dacă, la origine, Legea nr. 64/1995 a prevăzut că durata planului de reorganizare era de 1 an, cu posibilitate de prelungire cu încă 1 an, Legea nr. 85/2006 a crescut această durată la 3 ani, cu posibilitate de prelungire cu încă 1 an. S-a considerat astfel că, pe măsura evoluției mediului de afaceri în România, este aproape imposibilă o restructurare a afacerii într-un interval de 1-2 ani, existând în acest sens numeroase studii și analize de fezabilitate din punct de vedere economic, care toate converg spre caracterul fundamentat al acestei teze.

Sub imperiul O.G. nr. 91/2013 prin care fusese inițial adoptat Codul insolvenței, regulile erau drastice, în sensul că, potrivit dispozițiilor art. 133 alin. (3) coroborate cu cele ale art. 139 alin. (5), durata planului de reorganizare era de 1 an, cu posibilitatea de prelungire cu maxim încă 1 an. La acel moment, mai ales în mediul de *business*, au fost aduse multe argumente în sensul că o astfel de reducere a termenului de reorganizare ar însemna, practic, eliminarea oricărei șanse reale de reorganizare pentru un debitor viabil. Mai mult decât atât, s-a adus argumentul „*curbelor economice*”, aplicabile agenților economici cu activități sezoniere sau care presupun o anumită alternanță, concluzia fiind că afacerea s-ar prăbuși instantaneu, fără a avea nicio șansă, din start.

Pentru o corectă și echitabilă analiză, s-a procedat la un studiu al termenelor în care se derulează un plan de reorganizare la nivelul altor state membre ale Uniunii Europene, concluziile fiind următoarele:

În *Germania* nu există o durată maximală a planului de redresare, rațiunea fiind în sensul că o reorganizare durează mai puțin decât o procedură clasică de faliment. În practică, durata este între câteva luni și câțiva ani.

În *Spania*, planul de reorganizare, care este de mai multe tipuri, poate dura între trei ani, dacă se plătesc toate creanțele (*convenio ordinario*) și 5 ani.

În *Franța* durata planului este fixată de judecătorul-sindic, nu poate depăși 10 ani, iar în cazul agricultorilor, nu poate depăși 15 ani.

În *Italia* există două tipuri de proceduri de restructurare:

a) restructurarea unor companii private medii (*accordi di ristrutturazione dei crediti*) nu are o durată fixă, pentru că se încurajează negocierea reușită cu creditorii, iar planul de reorganizare trebuie aprobat de cel puțin 60% din totalul masei credale acceptante.

b) restructurarea unor companii mari și foarte mari (*amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*). În acest tip de restructurare se implica Ministerul Economiei, care este un subiect activ în procedură, iar procedura de reorganizare durează 2 ani, cu posibilitate de prelungire cu încă 1 an.

De asemenea, în *Elveția* există tot două proceduri:

a) o procedură denumită *Ordinary debt restructuring agreement*, prin care se continuă business-ul, cu descărcarea pasivului neprevăzut prin plan. O astfel de procedură nu are o anumită durată, exceptând cazul în care creditorii au fixat un termen prin planul votat;

b) o procedură denumită *Debt restructuring liquidation* care nu are o durată predefinită, aceasta depinzând de complexitatea valorificării.

În prezent, Codul insolvenței reglementează o durată a planului de reorganizare de 3 ani, cu posibilitate de prelungire cu încă un an, în condițiile art. 139 alin. (5): „Modificarea planului de reorganizare, inclusiv prelungirea acestuia se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși o durată totală maximă a derulării planului de 4 ani de la confirmarea inițială”. Se observă astfel că forma actuală a acestui text *normativ a renunțat la termenul de 18 luni* pe care îl prevedea art. 95 alin. (4) din Legea nr. 85/2006: „La recomandarea administratorului judiciar, după trecerea unui termen de cel mult 18 luni de la confirmarea planului, această perioadă va putea fi extinsă cu cel mult încă o perioadă de un an, dacă propunerea este votată de cel puțin două treimi din creditorii aflați în sold la acea dată”. S-a considerat astfel că nu există nicio certitudine sau previziune rezonabilă în privința apariției *cauzei* care necesită prelungirea duratei de executare a planului în termenul de 18 luni. Erau multe situații în practică în care planul de reorganizare se derula în condiții satisfăcătoare în primele 18 luni, ceea ce nu îndreptățea cu nimic o solicitare din partea administratorului judiciar de prelungire a duratei planului. Există însă posibilitatea ca acea *cauză* de natură a determina, cu necesitate, prelungirea cu încă un an a termenului de executare a planului, să apară în cel de-al treilea an al planului de reorganizare. În astfel de situații, jurisprudența^[1] a admis cereri de repunere în termen, considerând termenul de 18 luni ca fiind un termen de prescripție, cu o motivație corespunzătoare a cauzei de repunere în termen.

^[1] A se vedea, în acest sens, Trib. București, s. a VII-a civ., încheierea din 22 octombrie 2013, în BPI nr. 21028 din 28 noiembrie 2013. În această cauză repunerea în termen a fost justificată de finalizarea unui litigiu fiscal care generase înscrierea creanței fiscale sub condiție suspensivă (urmare a obținerii unei hotărâri favorabile în

De asemenea, prelungirea fiind considerată o formă de modificare a planului („*modificarea, [...] inclusiv prelungirea*”), aceasta poate fi solicitată de către oricare dintre persoanele care dețin vocația de a propune un plan de reorganizare iar procedura de aprobare a prelungirii este aceea a votării de către adunarea creditorilor, care se face cu creanțele rămase, în aceleași condiții ca și la votarea planului de reorganizare, fiind necesară inclusiv confirmarea judecătorului-sindic.

Astfel, *s-a renunțat și la condiția prevăzută de art. 95 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, care prevedea votarea prelungirii de către cel puțin două treimi dintre creditorii aflați în sold la acea dată*. Considerăm că exprimarea textului art. 95 alin. (4), citat mai sus, nu era foarte clară în privința condiției votului favorabil al *creditorilor aflați în sold*, nespecificându-se dacă cele două treimi se raportează la totalul creanțelor neachitate sau la numărul de creditori și nici dacă rezultatul votului se exprimă pe categorii de creanțe.

De regulă, noțiunea de „sold” se interpretează în sensul de referință la suma creanțelor neachitate la momentul procedural respectiv sau la numărul de creditori rămași în programul de plăți, dar această interpretare vine în evidență contradicție cu modalitatea de exprimare a votului în cadrul aprobării planului de reorganizare, și anume pe categorii de creanțe. Pe de altă parte, dacă ar fi fost să fie acceptată ideea conform căreia exprimarea votului s-ar face pe categorii de creanțe, condiția votului favorabil a două treimi din totalul creanțelor din fiecare categorie ar fi determinat o înăsprire nejustificată a condițiilor de prelungire a termenului de realizare a planului de reorganizare. Tocmai de aceea, în opinia noastră, cele două treimi de aprobare a prelungirii termenului de executare a planului, sub imperiul Legii nr. 85/2006 ar trebui raportate la totalul creanțelor și nu la numărul de creditori^[1].

7.2. Modificarea planului de reorganizare

66. Similar instituției prelungirii, care, astfel cum a fost analizat la punctul 7.1, *supra*, este o *specie* a modificării planului, dispozițiile art. 139 alin. (5) din Codul insolvenței stabilesc regimul juridic al acesteia: (i) se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare; (ii) poate fi propusă de către oricare dintre persoanele care au vocația de a depune un plan de reorganizare; (iii) și modificarea planului se face cu respectarea procedurii de aprobare de către adunarea creditorilor, respectiv de confirmare de către judecătorul-sindic, iar (iv), în privința aprobării, votul în adunarea creditorilor se acordă în aceleași condiții ca și la votul în privința planului de reorganizare, însă cu luarea în considerare a creanțelor rămase în sold, la data votului.

Cu titlu preliminar, menționăm faptul că posibilitatea modificării planului de reorganizare este prevăzută și în *Chapter 11 din Bankruptcy Code*. Astfel, cel care propune planul sau debitorul poate modifica planul după confirmare și înainte de executarea substanțială a acestuia, dar nu va putea modifica planul dacă prin modificările aduse nu sunt respectate cerințele prevăzute la secțiunea privind admisibilitatea acestuia^[2].

fond, la instanța de contencios administrativ și fiscal) și necesitatea finalizării unui raport de expertiză contabilă care urma a reverifica creanța fiscală, ca o consecință directă a soluției irevocabile a instanței.

^[1] De altfel, se propusese – *de lege ferenda* – potrivit principiului simetriei ce ar trebui să guverneze modalitatea de adoptare a hotărârii de aprobare a planului de reorganizare, ca votul cu privire la prelungirea termenului cu privire la plan să fie adoptat în virtutea aceluiași reguli ca și la admiterea planului – a se vedea, în acest sens, A. Stănescu, S. Miloș, S. Dumitru, O. Milu, op. cit., p. 106.

^[2] Un asemenea plan modificat în condițiile de mai sus devine plan executabil doar în situația în care Curtea, după audiere, confirmă planul ca fiind modificat conform secțiunii 1129 din *Chapter 11*. Autorul

În privința noilor modificări aduse prin Codul insolvenței, credem că se impun câteva comentarii și interpretări. În primul rând, prin trimiterea expresă pe care legiuitorul o face la „*procedura de reorganizare*”, credem că logica de interpretare a textului trebuie să fie aceea în sensul că orice modificare a planului de reorganizare se poate face ulterior aprobării și confirmării planului de reorganizare, adică după trecerea la procedura de reorganizare. Or, procedura de reorganizare are drept cauză de origine tocmai momentul confirmării planului de reorganizare de către judecătorul-sindic.

Exprimarea art. 101 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 („Modificarea planului de reorganizare se poate face oricând pe parcursul procedurii, cu respectarea condițiilor de vot și de confirmare prevăzute de prezenta lege”) a fost generatoare de dubii în interpretare întrucât, pe de o parte, prin exprimarea „*oricând pe parcursul procedurii*” se inducea ideea că o astfel de modificare ar fi putut fi făcută și până la momentul supunerii la vot în cadrul adunării creditorilor sau, chiar mai mult, până la momentul confirmării de către judecătorul-sindic, iar pe de altă parte prin trimiterea la *principiul simetriei* („*cu respectarea condițiilor de vot și de confirmare*”), rezulta că interpretarea acestui text era în sensul că numai ulterior aprobării și confirmării unui plan de reorganizare se năștea dreptul de modificare a acestuia. În caz contrar, natura imperativă a termenelor privind depunerea acestuia, dedusă din sancțiunea decăderii prevăzută de art. 94 alin. (5), devenea o simplă recomandare, ceea ce ar fi condus la un șir neîntrerupt de „modificări”, „revizuirii” sau „precizări” ale planului de reorganizare, cu încălcarea principiului celerității care guvernează întreaga procedură de insolvență, și cu atât mai mult, procedura de reorganizare.

Tocmai de aceea, noua dispoziție legală în materie de modificare a planului de reorganizare este mai clară, atât în privința momentului inițial, de la care se poate face, cât și în privința momentului final, de la care o astfel de modificare, firesc, nu mai poate fi posibilă.

În al doilea rând, deși legiuitorul se referă în cuprinsul art. 139 alin. (5) din Codul insolvenței, în mod expres, doar la procedura de aprobare (vot) și confirmare, credem că, *ratio legis*, trebuie respectată și procedura de *publicitate* în privința modificării planului. Este, în final, o interpretare dedusă din aplicarea principiului transparenței și previzibilității în procedură (art. 4 pct. 5) sau a celui privind exercitarea de către creditorii a unui vot informat și util. Fiind vorba despre aceleași condiții ca și la aprobarea și confirmarea planului, considerăm că obligativitatea existenței unei aprobări din partea AGA în cazul în care propunerea de modificare vine din partea debitorului subzistă, chiar dacă nu a mai fost menționată în mod expres. De asemenea, *modificarea trebuie să fie confirmată de către judecătorul-sindic* care trebuie să verifice dacă condițiile de confirmare sunt respectate urmare a acestei modificări.

În al treilea rând, legiuitorul a rezolvat pe această cale și discuțiile și controversele create pe marginea persoanei/persoanelor îndrituite la depunerea unei modificări a planului de reorganizare. Astfel, au existat opinii în sensul că rezolvarea acestei probleme de drept este dată de principiul simetriei, în sensul că are calitatea de a propune o modificare a planului de reorganizare acela care a propus planul în sine. Pe de altă parte, au existat opinii în sensul că, odată prezervată intenția de formulare a unui plan de reorganizare, chiar dacă

modificării va trebui să respecte dispozițiile privind informațiile generale pe care planul trebuie să le conțină la momentul propunerii și care trebuie să fie suficiente pentru a crea creditorilor o imagine cuprinzătoare asupra planului – *disclosure statement*. Potrivit *Chapter 11*, deținătorul creanței care a acceptat sau respins planul este considerat că își menține poziția sub rezerva modificării poziției acestuia în termenul fixat de instanță.

aceasta nu a fost finalizată prin depunerea planului în sine, nu decade partea îndreptătită la exercitarea dreptului astfel conservat, aplicându-se teoria drepturilor câştigate.

În concluzie, prin exprimarea clară şi concisă utilizată în cuprinsul art. 139 alin. (5), legiuitorul a tranşat şi această problemă de interpretare: „Modificarea poate fi propusă de către oricare dintre cei care au vocaţia de a propune un plan, indiferent dacă au propus sau nu planul”.

Secţiunea a 10-a. Aprobarea şi confirmarea planului de reorganizare

§1. Publicitatea planului de reorganizare

67. Conform dispoziţiilor art. 136 din Codul insolvenţei, câte o copie de pe planul propus va fi depusă la grefa tribunalului şi la registrul în care este înregistrat debitorul şi va fi transmisă debitorului, prin administratorul special, administratorului judiciar şi comitetului creditorilor.

Codul insolvenţei a eliminat prevederile art. 98 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, prin care, în ipoteza în care fuseseră depuse mai multe intenţii de depunere a unor planuri de reorganizare, judecătorul-sindic trebuia să fixeze un termen maximal până la care aceste planuri puteau fi depuse, sub condiţia ca acei creditori care doreau să depună un plan de reorganizare să fie creditori nominalizaţi în tabelul definitiv de creanţe şi să întrunească, conform aceluiaşi tabel, procentul de 20% solicitat de art. 94 alin. (1) lit. c). Scopul acestui termen maximal era justificat prin supunerea tuturor acestor planuri votului creditorilor în aceeaşi şedinţă de vot. Analiza corelată a acestui text cu dispoziţiile relevante privind termenul maximal privind depunerea unui plan de reorganizare, care funcţiona şi funcţionează în continuare, în mod uniform, pentru toţi participanţii la procedură [art. 94 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 132 alin. (1) din Codul insolvenţei], precum şi sancţiunea decăderii care intervine în caz de nerespectare a acestui termen [art. 94 alin. (5) din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 132 alin. (5) din Codul insolvenţei], confereau un caracter de inutilitate acestei norme, aceasta fiind şi raţiunea eliminării sale. Cu alte cuvinte, dacă decăderea opera ca efect al nerespectării unui termen unic, care începea să curgă de la acelaşi moment pentru toate persoanele care aveau vocaţia depunerii unui plan de reorganizare (depunerea, sau, în actuala reglementare, publicarea tabelului definitiv de creanţe), care ar fi fost raţiunea pentru care judecătorul-sindic ar fi stabilit un alt termen?

Ulterior depunerii şi a comunicării planului sau, după caz, a planurilor de reorganizare conform art. 136 din Codul insolvenţei, administratorul judiciar va publica în termen de 5 zile de la momentul depunerii planului un anunţ referitor la acesta în BPI, cu indicarea celui care l-a propus, a datei când se va vota cu privire la plan în adunarea creditorilor, precum şi a faptului că este permisă votarea prin corespondenţă.

Şedinţa adunării creditorilor în care se va exprima votul asupra planului de reorganizare se va ţine în termen de 20-30 de zile de la publicarea anunţului. Observăm astfel o derogare de la termenul general de convocare a adunării creditorilor, menţionat de art. 48 alin. (1) din Codul insolvenţei, şi anume cu cel puţin 5 zile anterior ţinerii şedinţei. Raţiunea acestui termen mai lung derivă tocmai din necesitatea existenţei unui timp suficient pentru creditorii interesaţi, pentru studierea şi analiza planului de reorganizare, în scopul acordării unui vot informat.

Contrar unui curent format în practica judiciară, ținând cont și de faptul că dispozițiile art. 137 alin. (2) din Codul insolvenței reiau același dispoziții conținute și de art. 99 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, nu suntem de părere că planul de reorganizare trebuie publicat, în întregime sau în parte, în BPI. Legiuitorul menționează publicarea unui *anunț*, similar unui convocator, care trebuie să aducă la cunoștința creditorilor despre faptul depunerii unui plan de reorganizare. Considerăm excesivă o astfel de publicare a planului de reorganizare, modalitatea de aducere la cunoștința creditorilor a conținutului planului de reorganizare fiind, de altfel, nuanțată în noul Cod al insolvenței.

În ceea ce privește persoanele către care se comunică planul de reorganizare, inclusiv anexele sale, Codul insolvenței aduce modificări importante, de natură a soluționa debaterile existente pe marginea art. 99 alin. (2¹) fraza a doua din Legea nr. 85/2006. Astfel, noile dispoziții ale art. 137 alin. (2) din Codul insolvenței stabilesc faptul că planul de reorganizare și anexele sale se comunică: (i) debitorului, prin administrator special, (ii) administratorului judiciar și (iii) comitetului creditorilor. Modalitatea de comunicare este una electronică, adică fie pe email, scanat, fie prin postare pe site-ul administratorului judiciar^[1].

Dezbaterile care s-au purtat pe marginea dispozițiilor art. 91 alin. (2¹) fraza a doua din Legea nr. 85/2006 vizau situația în care administratorul judiciar nu dispunea de un site-web, situație în care alternativa era comunicarea prin email, scanat, a planului de reorganizare. Dificultățile se iveau în ipoteza în care nu toți creditorii furnizaseră un email, fie prin cererea de admitere a creanței, fie, după caz, prin alte acte procedurale aferente derulării dosarului. Practica judiciară^[2] a adus soluții în acest sens, prin care s-au subliniat necesitatea unui *rol activ al creditorului interesat*, căruia pasivitatea în cunoașterea conținutului planului de reorganizare îi este imputabilă, pentru că rolul anunțului privind depunerea planului de reorganizare trebuie respectat.

Pentru a stabili situația titularilor dreptului la vot, și pentru a nu exista riscul de vot multiplu, se impune ca acei creditori care dețin titluri de valoare la purtător (bilete la ordin, cambii, cec-uri) să depună originalele la administratorul judiciar cu cel puțin 5 zile înainte de data fixată pentru exprimarea votului, sub sancțiunea decăderii din dreptul de a vota. Legiuitorul Codului insolvenței a eliminat referința la „*acționari (...) cu titluri la purtător*”, aceasta nemaigăsindu-și utilitatea, întrucât acționarii nu votează planul de reorganizare^[3].

^[1] În acest sens, în doctrină s-a exprimat și părerea în sensul că postarea trebuie să se facă pe site-ul debitorului. A se vedea, în acest sens, N. Tăndăreanu, Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006, Comentarii doctrină, jurisprudență, Universul Juridic, București, 2012, p. 319: „Potrivit art. 99 alin. (2¹), planul va fi comunicat în formă electronică, prin email sau prin postarea pe site-ul acestuia – considerăm că al debitorului. Textul este incomplet, în sensul că nu se indică cine este destinatarul comunicării. De aceea, considerăm că administratorul judiciar va trebui să posteze planul și anexele sale pe site-ul debitorului pentru ca orice persoană interesată să poată lua cunoștință de conținutul planului”.

^[2] C.A. Pitești, s. a II-a civ., dec. nr. 2433 din 2 noiembrie 2011: „Din acest anunț rezultă că planul mai putea fi consultat de orice persoană interesată la sediul debitorului și că informații suplimentare puteau fi obținute de la administratorul judiciar, astfel încât, chiar în situația în care, așa cum se pretinde în recurs, recurenta nu ar fi primit prin e-mail comunicarea planului de reorganizare, ar fi avut posibilitatea consultării acestuia în modalitățile specificate în anunț”.

^[3] În versiunea Legii nr. 64/1995, republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004, și acționarii aveau drept de vot, în categoria creditorilor cu creanțe subordonate: „Creanțele următoarelor categorii de persoane vor constitui categorii distincte de creanțe și vor participa la vot, în cazul în care titularii acestora sunt îndreptățiți să voteze conform alin. (2): (...) membrii, asociații și acționarii, pentru drepturile reziduale derivând din calitatea lor”.

Din momentul publicării, toate părțile interesate vor fi socotite că au cunoștință de plan și de data de exprimare a votului. În toate cazurile, debitorul va asigura posibilitatea consultării planului la sediul său, pe cheltuiala solicitantului.

§2. Votarea planului de către creditorii

2.1. Regulile de vot

68. În privința regulilor care trebuie respectate la momentul exprimării votului creditorilor, considerăm că este relevantă structurarea acestora în modul următor:

1. votul se formează pe categorii de creanțe;
2. în cadrul categoriei, votul se consideră acordat prin formarea majorității absolute (50% plus 1) din valoarea creanțelor din categorie;
3. tăcerea creditorului nu valorează vot, acesta trebuie expres exprimat;
4. votul condiționat este considerat vot negativ.
5. în caz de pluralitate de planuri de reorganizare, ordinea de vot este decisă de către creditorii, prin vot.

În continuare vom analiza aceste reguli, în ordinea enumerată mai sus. Astfel, pot exista maxim cinci categorii de creanțe care, fiecare, beneficiază de un vot în totalul categoriilor formate: creanțele care beneficiază de drepturi de preferință; creanțele salariale; creanțele bugetare; creanțele creditorilor indispensabili și celelalte creanțe chirografare. În categoria „celorlalte creanțe chirografare” intră și creanțele controlate de debitor, cu distincțiile care vor fi analizate în continuare la punctul 2.3., *infra*.

În cadrul unei categorii de creanțe, un plan va fi socotit acceptat de acea categorie, dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie, prin raportare la tabelul definitiv al creanțelor [art. 49 alin. (2) lit. b) din Codul insolvenței].

În ceea ce privește *valoarea juridică a tăcerii*, adică a neexprimării unui vot în privința planului de reorganizare, considerăm că numai o manifestare expresă, în sensul unui vot pozitiv, poate să valoreze vot. De altfel, avem în vedere faptul că un plan de reorganizare reprezintă o propunere de contract între debitor și creditorii săi, fiind incidente și dispozițiile art. 1197 alin. (2) din NCC: „Tăcerea sau inacțiunea destinatarului nu valorează acceptare decât atunci când aceasta rezultă din lege, din acordul părților, din practicile statornicite între acestea, din uzanțe sau din alte împrejurări”. Or, legea nu stabilește că neimplicarea, adică lipsa votului, înseamnă un vot pozitiv în cadrul categoriei respective de creanțe, din contră: „Un plan va fi socotit acceptat de o categorie de creanțe dacă în categoria respectivă planul este acceptat de o majoritate absolută din valoarea creanțelor din acea categorie” – art. 138 alin. (4) din Codul insolvenței. Singura excepție de la această regulă o constituie *votul prezumat*, aplicabil în cazul creanțelor care se vor achita în termen de 30 de zile de la confirmarea planului sau în conformitate cu contractele de credit sau de leasing din care rezultă. De asemenea, în privința *votului condiționat*, considerăm aplicabile, *ratio legis*, prevederile art. 49 alin. (1) din Codul insolvenței, care stabilesc faptul că votul condiționat este considerat vot negativ.

Raportat la ipoteza propunerii mai multor planuri de reorganizare, în *cadrul Legii nr. 85/2006 nu era acoperită și situația în care se depuneau mai multe planuri de reorganizare*. Cu atât mai puțin, nu era reglementată situația în care mai multe planuri de reorganizare erau votate de către creditorii. Problema care se ridica era aceea a planului

pe care urma să-l confirme judecătorul-sindic. Astfel, în Codul insolvenței s-a prevăzut la art. 138 alin. (6) faptul că, în ipoteza în care au fost propuse mai multe planuri de reorganizare, atunci votarea acestora se va face *în aceeași ședința a adunării creditorilor, în ordinea decisă prin votul creditorilor*.

Nespecificându-se ce se întâmplă în cazul în care primul plan este votat de către creditorii, înseamnă ca și celelalte planuri trebuie supuse votului. Mai mult, chiar textul vorbește despre „votarea acestora”. Cu toate acestea, deși textul nu menționează în mod expres, considerăm că *atunci când sunt votate mai multe planuri de către creditorii, judecătorul-sindic va trebui să pună prima dată, în discuția părților, primul plan de reorganizare supus votului*. Aceasta, pentru a nu lipsi de efecte juridice ordinea în care se votează planurile de reorganizare. Iar dacă acel plan este confirmat de către judecătorul-sindic, atunci devin incidente dispozițiile art. 139 alin. (4) care prevăd: „confirmarea unui plan de reorganizare împiedică confirmarea oricărui alt plan”.

2.2. Categoria creditorilor indispensabili

69. *Categoria creditorilor indispensabili* era definită de art. 96 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 ca fiind compusă numai din acele creanțe chirografare, aparținând furnizorilor fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți. De asemenea, furnizorii de servicii – electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice sau altele asemenea, față de care debitorul are calitatea de consumator captiv, potrivit legii, nu au dreptul, în perioada de observație și în perioada de reorganizare, să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitor sau către averea debitorului. Prin „consumator captiv” se înțelege consumatorul care, din considerente tehnice, economice sau de reglementare, nu poate alege furnizorul.

Față de caracterul facil al creării unei astfel de categorii și, mai ales, față de importanța acestei categorii – de regulă votante – în cadrul planului de reorganizare, au existat o serie de discuții și controverse în privința faptului dacă creditorii indispensabili sunt sau pot fi aceiași cu furnizorii față de care debitorul are calitatea de consumator captiv și a momentului până la care pot fi confirmați de către administratorul judiciar, acești creditori, în lipsa unei sancțiuni exprese.

În privința posibilei confuzii între categoria creditorilor indispensabili și cea a furnizorilor față de care debitorul are calitatea de *consumator captiv*, într-o opinie^[1] s-a arătat că noțiunea de creditori indispensabili prevăzută de art. 96 alin. (1) nu se confundă cu cea de furnizori față de care debitorul are calitatea de consumator captiv, prevăzută de art. 38 din Legea nr. 85/2006, încadrarea creditorilor în această categorie se analizează în concret, în funcție de planul de reorganizare și de particularitățile fiecărei proceduri. Cu alte cuvinte, cele două calificări juridice, deși distincte, pot fi conturate într-o singură categorie de creditori, printr-o analiză concretă, de la caz la caz.

Într-o altă opinie^[2], un astfel de dublaj nu poate fi admis, datorită scopului și tratamentului diferit pe care îl reglementează legiuitorul, opinie susținută de argumentele

^[1] C.A. Brașov, dec. 1533/R din 16 noiembrie 2011, <http://legeaz.net/spete-drept-comercial/contestatie-impotriva-masurii-administratorului-judiciar-1533-2011>.

^[2] C.A. Oradea, dec. nr. 3 din data de 14 ianuarie 2014: „aceiași text de lege (art. 96) stabilește că au calitatea de creditori indispensabili acei furnizori fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți. Or, nu pot fi incluși în această categorie furnizorii de curent sau apă, astfel cum s-a procedat, în condițiile în care, pe de o parte, *toți subiecții prevăzuți de legea insolvenței au nevoie de aceste servicii*, iar, pe de altă parte, potrivit art. 38 din Legea nr. 85/2006, orice furnizor de servicii – electricitate, gaze naturale,

expuse în continuare. Dacă este să acceptăm teza în sensul că au calitatea de creditori indispensabili acei furnizori fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți, nu pot fi incluși în aceasta categorie furnizorii de curent sau apa, pentru că – logic – toți subiecții prevăzuți de legea insolvenței au nevoie de aceste servicii. Pe de altă parte, furnizorii față de care debitorul are calitatea de consumator captiv sunt obligați *ex lege*, și anume prin dispozițiile art. 38, să nu schimbe, să nu refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitor sau către averea debitorului, sub sancțiunea amenzii.

În opinia noastră, categoria creditorilor indispensabili este, indiscutabil, mult mai cuprinzătoare decât categoria furnizorilor față de care debitorul are calitatea de consumator captiv, o poate include pe aceasta din urmă, dar nu se rezumă la ea. Noul Cod al insolvenței a venit cu o serie de soluții noi, raportat la problema de mai sus, atât prin faptul că a *adus o nouă definiție în ceea ce privește creditorii indispensabili*, cât și prin faptul că a *introdus sancțiunea decăderii din dreptul de a mai forma această categorie, dacă lista privind nominalizarea lor nu este depusă în termen*.

Conform dispozițiilor art. 5 pct. 23 din Codul insolvenței, creditorii indispensabili sunt creditorii chirografari care furnizează servicii, materii prime, materiale sau utilități fără de care activitatea debitorului nu se poate desfășura și care nu pot fi înlocuiți de niciun alt furnizor care oferă servicii, materii prime, materiale sau utilități de același fel, în aceleași condiții financiare.

Din perspectiva noii definiții a „creditorilor indispensabili”, o problema în practică o va ridica ultima parte a definiției „în aceleași condiții financiare”. Era necesar a se introduce acest criteriu întrucât, până în prezent, singura condiție era aceea ca ei să nu poată fi înlocuiți, fără însă a se stabili vreun criteriu. Se putea interpreta în sensul că, dacă mai exista un furnizor de același gen de utilități, putea fi înlocuit, chiar dacă acest al doilea furnizor ar fi practicat prețuri mult mai mari. De asemenea, există posibilitatea ca, în cazul în care anumiți creditori nu ar dori să fie confirmat un plan de reorganizare care cuprinde o astfel de categorie, să vină în instanță cu o oferta obținută de la un furnizor cu un preț mai bun (*ofertă obținută „pro causa”*). Soluția ar fi ca debitorul, împreună cu administratorul judiciar (în exercitarea atribuțiilor sale de supraveghere și având în vedere faptul că trebuie să confirme lista), să solicite și alte oferte de la furnizori similari și să analizeze dacă oferta creditorului indispensabil este într-adevăr cea mai bună. Ar trebui să ne raportăm la data la care lista se confirmă de către administratorul judiciar și nu ulterior, când, fie pot fi obținute oferte „*pro causa*”, fie condițiile pot fi mai bune, având în vedere că în anumite cazuri (spre exemplu, materii prime) prețurile fluctuează foarte mult.

Nu în ultimul rând, atunci când ne referim la condițiile financiare, nu ne raportăm exclusiv la prețul cel mai mic, ci și la condițiile concrete de plată. Spre exemplu, este foarte important, în această situație, dacă furnizorul respectiv dorește plata pe loc sau îi oferă debitorului credit comercial, această din urmă varianta fiind, de multe ori preferată, chiar dacă prețul ar fi superior. Rațiunea poate fi aceea în sensul că debitorul nu are

apa, servicii telefonice sau altele asemenea – nu are dreptul, în perioada de observație și în perioada de reorganizare, să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitor sau către averea debitorului, în cazul în care acesta are calitatea de consumator captiv, potrivit legii. Așadar, și sub acest aspect, *stabilirea acestei categorii de creditori este nelegală, astfel ca nici votul acestei categorii nu poate fi luat în considerare, ajungându-se astfel la situația în care planul de reorganizare să poată fi socotit acceptat de către o singură categorie de creanțe*”.

suficiente lichidități pentru a face o plată pe loc, ci are nevoie de un timp până la care, la rândul lui, să încaseze contravaloarea produselor finite vândute.

În primul rând, această listă care trebuie să conțină creditorii considerați indispensabili, trebuie depusă de către debitor împreună cu celelalte documente prevăzute la art. 67 alin. (1). De asemenea, această listă trebuie să menționeze și creanțele acestor creditori și trebuie anexată la Raportul asupra cauzelor. Nedepunerea acesteia conduce la *decăderea* debitorului din dreptul de a propune, în vederea votării planului de reorganizare, categoria creditorilor indispensabili.

Administratorul judiciar poate să confirme, în tot sau în parte, această listă ori o poate infirma (până acum exista doar noțiunea de confirmare, ceea ce nu însemna că nu putea să o și infirme). Această măsură a administratorului judiciar (de a confirma/infirma) trebuie cuprinsă într-un raport de activitate care poate fi contestat în condițiile legii. De remarcat este că *această listă poate fi depusă numai de către debitor*. Astfel, planurile depuse de către creditori/administrator judiciar nu pot conține o astfel de categorie de creditori indispensabili decât în cazul în care o astfel de listă a fost propusă de către debitor, dar acesta nu mai propune un plan sau, deși propune, mai există și un alt plan al creditorilor sau al administratorului judiciar care preia această categorie.

În fine, în ceea ce privește problema analizată mai sus, și anume distincția dintre categoria creditorilor indispensabili și cea a furnizorilor de utilități față de care debitorul are calitatea de consumator captiv, credem că soluția pentru care am optat este actuală și în viziunea noului Cod al insolvenței, din două motive. În primul rând, criteriile în funcție de care se stabilește calitatea de furnizori indispensabil sunt mai clar conturate, și anume imposibilitatea de înlocuire pentru același obiect al prestației și la același preț. Cu alte cuvinte, în piața pe care activează debitorul există o posibilitate de înlocuire, însă cu schimbarea obiectului prestațiilor sau a condițiilor financiare.

În al doilea rând, calitatea debitorului de consumator captiv este generată în continuare de faptul că din considerente tehnice, economice sau de reglementare, nu poate alege furnizorul. Or, pentru situația în care debitorul este considerat captiv față de anumiți furnizori, obligația acestora de livrare a fost menținută, mai mult decât atât, chiar agravată. Singurul element de noutate adus de Codul insolvenței față de acești furnizori, în fond o echilibrare a rolului actorilor implicați în peisajul insolvenței, este obligativitatea plății de către debitor a serviciilor, sub sancțiunea chiar a trecerii la faliment.

2.3. Situația creditorilor care se află sub control comun cu debitorul

70. Dispozițiile art. 100 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 stabilesc un tratament specific pentru creditorii care, direct sau indirect, *controlează*, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul, în sensul legislației pieței de capital. Aceștia pot participa la ședința de vot a planului de reorganizare, dar pot vota cu privire la plan doar în cazul în care acesta le acordă mai puțin decât ar primi în cazul falimentului.

Însă această reglementare a comportat anumite discuții. Acești creditori nu formează o categorie separată de creanțe, în cadrul celor care votează planul de reorganizare, intrând astfel în categoria „*celelalte creanțe chirografare*”. De regulă, chirografarii sunt defavorizați major prin planurile de reorganizare, de multe ori spre zero, ca atare se ridică problema ce se întâmplă în situația în care și în faliment, și în reorganizare, categoria creditorilor controlați de către debitor nu ar încasa nicio sumă? În ipoteza în care, totuși, acești creditori ar încasa o anumită sumă de bani în faliment, astfel încât în reorganizare,

pentru a putea vota, sunt de acord să încaseze mai puțin, este corect ca această încasare să fie făcută în același regim, adică *pro rata*, cu întreaga categorie din care fac parte, și anume categoria creditorilor chirografari? Un argument în sensul că o astfel de soluție nu este una justă, rezultă analizând ordinea de distribuție din faliment, unde creditorii controlați de debitor ar încasa după creditorii chirografari. Or, în aceste condiții, se ridică problema încălcării tratamentului corect și echitabil al planului de reorganizare.

Codul insolvenței a remediat aceste probleme, conturând soluții, pe de o parte, în situația în care și în faliment, și în reorganizare, aceste creanțe nu ar încasa nimic, iar pe de altă parte prevăzând, în ipoteza în care totuși în reorganizare ar încasa sume de bani, realizarea creanței să aibă loc *pari passu*, adică după completa îndestulare a tuturor celorlalți creditori asumați prin programul de plăți: „Creditorii care, direct sau indirect, controlează, sunt controlați sau se află sub control comun cu debitorul pot vota cu privire la planul de reorganizare, sub condiția ca programul de plăți să nu le ofere nicio sumă sau să le ofere mai puțin decât ar primi în cazul falimentului și ca orice astfel de plăți să le fie acordate potrivit ordinii de prioritate a creanțelor subordonate prevăzute la art. 161 pct. 10 lit. a)” – art. 138 alin. (5) din Codul insolvenței.

Cu alte cuvinte, pentru a putea vota, creditorii controlați, care controlează sau se află sub control comun cu debitorul, trebuie să îndeplinească următoarele condiții:

a) să nu primească nicio sumă de bani prin programul de plăți. Considerăm că această prevedere acoperă inclusiv ipoteza analizată mai sus, în care creditorii chirografari primeau zero prin planul de reorganizare (inclusiv creanțele subordonate), existând soluții în sensul că aceștia nu puteau să voteze întrucât nu primeau mai puțin decât ceilalți (întrucât, conform unui principiu matematic din teoria numerelor, zero nu este mai mic decât zero) sau

b) să primească mai puțin decât ar primi în cazul falimentului și orice astfel de plăți să le fie acordate potrivit ordinii de prioritate a creanțelor subordonate prevăzute la art. 161 pct. 10 lit. a). Cu alte cuvinte, acești creditori vor încasa sumele de bani prevăzute numai după ce toți ceilalți creditori își vor fi încasat, la rândul lor, sumele de bani prevăzute a li se plăti conform programului de plăți. Această prevedere a fost introdusă pentru a se evita următoarea situație: spre exemplu, creditorii chirografari primeau, conform planului, 10% din creanțe, iar creditorii subordonați primeau 9,5% din creanțe. Însă, prin programul de plăți se prevedea că aceștia își încasează mai rapid sumele de bani, de exemplu, în primul trimestru al planului de reorganizare, însă, în al doilea trimestru debitorul intra în faliment. Se ajungea astfel la situația paradoxală, dar profund inechitabilă, în care creditorii subordonați încasau mai mult decât ceilalți creditori chirografari. Nu în ultimul rând, este de observat faptul că, deși în programul de plăți erau stabilite aceleași termene de plată, prin plăți *pro rata*, creditorii chirografari primeau mai puțin întrucât se efectuau plăți și către creditorii subordonați.

71. În ceea ce privește regulile privind determinarea *noțiunii de control*, trimiterea nu se mai face la piața de capital, ci la definiția controlului, conținută de dispozițiile art. 5 pct. 9 din Codul insolvenței.

O ultimă mențiune se cuvine a fi făcută în privința acestei categorii de creditori – care au și calitatea de acționari/asociați ai debitorului – legată de ordinea de distribuire către aceștia a sumelor reprezentând finanțările acordate debitorului în timpul procedurii insolvenței și care trebuie restituite în caz de eșuare a planului de reorganizare. Spre deosebire de finanțările acordate de terți, și care beneficiază de o superprioritate la dis-

tribuire, chiar în concurs cu beneficiarii unor cauze de preferință ce au fost constituite anterior, cele acordate de acționari/asociați dau naștere unei creanțe aflate pe poziția creanțelor născute din continuarea activității debitoare, conform prevederilor coroborate cuprinse în art. 202 și art. 161 alin. (4), la care norma face trimitere. Cu alte cuvinte, distribuirile către acești creditori se situează ca ordine de prioritate după creditorii garantați, dar înainte de creditorii bugetari.

§3. Confirmarea planului de reorganizare

3.1. Noile reguli de confirmare a planului de reorganizare

72. Noul Cod al insolvenței a îmbrățișat teza asigurării unui *dublaj* între majoritatea categoriilor și un procent al masei credale, decis în final la 30%. În practică s-a observat faptul că, prin efectul subtililor permutări ale votului categoriilor de creanțe din planul de reorganizare, au existat multe cazuri în care planuri de reorganizare erau aprobate și confirmate prin manifestarea de voință derizorie a creditorilor, din perspectiva ponderii acestora în totalul masei credale (uneori chiar 3-4% din totalul creanțelor). O astfel de permisivitate era încurajată și de faptul că, de regulă, categoria creditorilor salariați este o categorie susținătoare a planului, iar cea a creditorilor indispensabili – de asemenea – era creată în scopul votului acestuia.

Tocmai de aceea a devenit necesară dublarea criteriului majorității categoriilor cu cel al deținerii unui procent de 30% din totalul masei credale. Acest procent a fost considerat ca fiind suficient pentru a crea un echilibru între (i) atingerea necesarului de „prag semnificativ” din totalul masei credale și (ii) evitarea îngreunării excesive a votării unui plan de reorganizare, prin introducerea unui procent prea ridicat.

În cazul în care există 5 categorii, este necesar ca cel puțin 3 să voteze planul, dacă există 3 categorii, este necesar ca cel puțin 2 categorii să voteze planul, iar dacă există 2 sau 4 categorii, este necesar ca cel puțin jumătate din numărul de categorii să voteze planul (deci o categorie, respectiv 2 categorii).

Diferența constă și în faptul că dacă, sub imperiul Legii nr. 85/2006, existau 4 categorii, era necesar ca 3 categorii să voteze planul (conform Codului insolvenței sunt suficiente 2 categorii, dar și 30% din total creanțe), iar dacă erau 2 categorii, era necesar votul categoriei cu valoarea totală a creanțelor mai mare. Astfel, dacă avem o categorie care reprezintă 30% din total masa credală și o categorie care reprezintă 70% din total masa credală, sub imperiul Legii nr. 85/2006, pentru ca planul să fie votat, era necesar votul categoriei reprezentând 70% din total masa credală. Conform Codului insolvenței, votul favorabil al oricăreia dintre cele două categorii conduce la votarea planului (o categorie din două votează și ambele au minim 30% din total masa credală).

3.2. Tratamentul corect și echitabil

73. În ceea ce privește regulile aferente *tratamentului corect și echitabil* al planului de reorganizare, acestea sunt cuprinse în art. 139 alin. (2) din Codul insolvenței:

a) niciuna dintre categoriile care resping planul și nicio creanță care respinge planul nu primesc mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului;

b) nicio categorie sau nicio creanță aparținând unei categorii nu primește mai mult decât valoarea totală a creanței sale;

c) în cazul în care o categorie defavorizată respinge planul, nicio categorie de creanțe cu rang inferior categoriei defavorizate neacceptante, astfel cum rezultă din ierarhia prevăzută la art. 138 alin. (3), nu primește mai mult decât ar primi în cazul falimentului;

d) planul prevede același tratament pentru fiecare creanță în cadrul unei categorii distincte cu excepția rangului diferit al celor beneficiare a unor cauze de preferință, precum și în cazul în care deținătorul unei creanțe consimte la un tratament mai puțin favorabil pentru creanța sa.

O mențiune s-ar impune în ceea ce privește ultima dintre cele 4 reguli de mai sus. Astfel, această prevedere este preluată din art. 96 alin. (2) din Legea nr. 85/2006: „Planul va stabili același tratament pentru fiecare creanță din cadrul unei categorii distincte, cu excepția cazului în care deținătorul unei creanțe din categoria respectivă consimte un tratament mai puțin favorabil pentru creanța sa”. Interesant este că, sub imperiul Legii nr. 85/2006, această condiție nu figura nici la tratamentul corect și echitabil și nici la celelalte condiții care trebuiau îndeplinite pentru confirmarea planului. În practică, această condiție era totuși considerată una care trebuia îndeplinită în vederea confirmării planului.

Forma pe care a conferit-o Codul insolvenței acestei reguli este una puțin nuanțată, generată de situațiile practice întâlnite în procedurile de insolvență, și anume: „*cu excepția rangului diferit al celor beneficiare a unor cauze de preferință*”. Dacă este să plecăm de la rațiunea care stă la baza acestei reguli privind tratamentul corect și echitabil al creanțelor prin plan, ea derivă din caracterul egalitar al creditorilor în cadrul aceleiași categorii. Cu toate acestea, și în cadrul categoriei în sine pot exista diferențieri, date de rangul cauzelor de preferință sau de materialitatea concretă a bunului față de care este constituită cauza de preferință.

În concret, dacă în categoria *creditorilor garantați* (beneficiind de cauze de preferință) există, pe același bun, un creditor ipotecar de prim rang, precum și un creditor ipotecar de rang doi, este evident că procentul de îndeustulare în categorie se împarte nu *pro rata*, ci *pari passu*, în sensul că beneficiarul unei ipoteci de rang subsecvent se îndeustulează numai în măsura îndeusturării integrale a creditorului cu rang prioritar. De exemplu, există un bun a cărui valoare de piață este de 100 de lei, iar valoarea de vânzare forțată este de 80 de lei. Asupra acestui bun există o ipotecă imobiliară de rang 1 de 70 de lei (creditorul 1) și o altă ipotecă imobiliară, de rang 2, de 40 de lei (creditorul 2). În tabelul definitiv, creditorul 1 va fi trecut cu 70 de lei creanța garantată, iar creditorul 2 va fi trecut cu 30 de lei creanța garantată și cu 10 lei creanța chirografară. În caz de faliment, creditorul 1 ar fi încasat 100% din creanță adică 70 de lei, iar creditorul 2 ar fi încasat 33% din creanța garantată adică 10 lei. Într-o astfel de situație, există posibilitatea ca, în cadrul aceleiași categorii, creditorul 1 să încaseze 100%, iar creditorul 2 să încaseze doar 33%.

Alta este situația în care, spre exemplu, un creditor garantat, în caz de faliment, ar primi 70% din creanța sa garantată, iar altul, cu garanție pe alte bunuri, ar primi doar 30 % din creanța sa garantată. Într-un astfel de caz, este absolut necesar ca și creditorului garantat, care în faliment ar primi doar 30%, să i se acorde 70%, cât ar primi celălalt creditor. Aceasta întrucât, pe de o parte, creditorului deținând procentul de 70% nu i se poate acorda mai puțin, pentru că ar însemna să primească mai puțin decât în caz de faliment, iar celuilalt creditor nu i se poate repartiza mai puțin de 70% pentru că ar fi un tratament diferențiat în cadrul aceleiași categorii.

Astfel, caracterul egalitar în categorie nu trebuie interpretat *excesiv*, pentru că s-ar ajunge astfel la încălcarea principiilor din dreptul comun al obligațiilor, care conferă

priorități specifice între cauzele de preferință și, distinctiv, în funcție de direcționarea garanției către bunul în sine.

În concluzie, aceasta este motivația care a stat la baza suplimentării acestei reguli, prin exceptarea de la caracterul egalitar al rangului diferit al garanțiilor de care poate să beneficieze o creanță.

3.3. Judecătorul-sindic – atribuții în stabilirea viabilității?

74. Ca un element de noutate, dispozițiile art. 139 lit. F) din Codul insolvenței stabilesc în mod expres, ca o condiție de *confirmare a planului de reorganizare*, respectarea atât a condițiilor de legalitate cât și a celor de viabilitate a acestuia, ceea ce ridică întrebarea dacă analiza viabilității unui plan de reorganizare cade în sarcina judecătorului-sindic, acesta având, potrivit legii, doar atribuțiile de verificare a legalității și nu cele de verificare a oportunității actelor și operațiunilor întreprinse în cadrul procedurii.

În opinia noastră, analiza unui plan de reorganizare, sub toate aspectele impuse de lege, extinde sfera de apreciere a judecătorului-sindic, de la chestiunile stricte de legalitate la cele de oportunitate, iar judecătorul-sindic făcea o analiză a viabilității planului de reorganizare în toate situațiile, numai că acest lucru nu era expres prevăzut în Legea nr. 85/2006. Câtă vreme judecătorul-sindic analiza, printre condițiile de „legalitate” ale planului și condiția ca acesta să cuprindă „perspectivele de redresare în raport cu posibilitățile și specificul activității debitorului, cu mijloacele financiare și cu cererea pieței față de oferta debitorului” și care reprezintă, fără doar și poate, chestiuni de viabilitate, de capacitate economică, legate de planul de reorganizare și nu chestiuni de apreciere din punct de vedere juridic – procesual sau substanțial – este evident că analiza sindicului depășea limita sferei actelor juridice a căror cenzură o putea face, fiind mai degrabă aspecte de oportunitate, rentabilitate și viabilitate.

Relevantă în acest sens este și practica instanțelor^[1], care reține faptul că nu este suficientă indicarea unor potențiale surse de finanțare, ci trebuie susținută existența acestora în mod credibil. O astfel de analiză putea fi făcută de către judecătorul-sindic având la bază opinia unui practician în insolvență neutru, doar că o eventuală hotărâre de respingere a confirmării unui plan de reorganizare trebuia justificată pe un alt temei de drept decât cel referitor la opinia specialistului, respectiv pe prevederile art. 95 din Legea nr. 85/2006.

Singura diferență în noua legislație este legată de faptul că acum există o prevedere legală în sensul analizei *viabilității* planului, prevedere care justifică și posibilitatea legală de a se cere părerea unui *specialist* cu privire la capacitatea de realizare a planului, conferită de art. 139 alin. (1) din Codul insolvenței, și care devenise inutilă în reglementarea Legii nr. 85/2006, câtă vreme, deși era prevăzută, nu putea fi folosită ca argument de respingere a planului de reorganizare de către judecătorul-sindic, întrucât nu era o chestiune de legalitate a cărei analiză să poată fi făcută de către acesta.

^[1] A se vedea, în acest sens, C.A. București, dec. nr. 1462 din 12 aprilie 2006, nepublicată.

3.4. Efectele confirmării planului de reorganizare

3.4.1. Transformarea obligațiilor conform programului de plăți; Unicitatea planului de reorganizare

75. Când sentința care confirmă un plan intră în vigoare, activitatea debitorului este reorganizată în mod corespunzător. În aceste condiții, ca efect al sentinței care confirmă planul de reorganizare, creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate astfel cum este prevăzut în plan.

Codul insolvenței a renunțat la dispozițiile conform cărora planul de reorganizare confirmat este titlu executoriu împotriva debitorului, iar pentru executarea creanțelor calitatea de titlu executoriu o deține sentința de confirmare a planului [art. 102 alin. (1) ultima frază din Legea nr. 85/2006]. Justificarea acestei eliminări constă în faptul că, oricum, fiind o hotărâre judecătorească, sentința de confirmare a planului de reorganizare este executorie, conform dispozițiilor art. 46 alin. (1) din Codul insolvenței. Ca atare, suplimentarea acestui caracter prin dublajul conferit de specificitatea titlului executoriu este inutilă.

3.4.2. Efectul asupra garanțiilor/fideiusorilor

76. Deși nu influențează în mod direct conceptul de „averea debitorului”, modalitatea în care se reflectă o transformare juridică a unei creanțe aparținând masei credale și îndreptate asupra debitorului insolvent poate fi de natură a influența urmăriri paralele ale acestei creanțe, față de terți (garanți reali sau personali). De asemenea, determinarea producerii sau nu al unui efect în această privință este esențială, inclusiv din perspectiva *hair-cut*-ului aplicat printr-un plan de reorganizare confirmat și reușit. Și aceasta pentru că, deși acest *hair-cut* se produce în raportul dintre creditor și debitorul falit, ar putea să fie rămas fără efecte în raportul accesoriu, dintre creditor și terțul garant. Problema a suscitat intense discuții, plecând de la analiza problemelor de drept și până la determinarea consecințelor economice, inclusiv în planul stabilității și securității creditărilor bancare.

În final, conform dispozițiilor art. 149 din Codul insolvenței: „Garanțiile reale și personale constituite pentru îndeplinirea obligațiilor asumate prin planul de reorganizare rămân valabile în favoarea creditorilor pentru plata sumelor datorate acestora potrivit planului de reorganizare”. Acest articol nu face decât să reia cu exactitate dispozițiile art. 111 din Legea nr. 85/2006. În orice caz, pentru clarificarea acestei opțiuni legale, care se pare că a generat, totuși, o practică neunitară (în acest sens, exemplificăm Decizia nr. 3113 din 7 iunie 2012, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție^[1]) a fost introdus un text nou, art. 75 alin. (2) lit. b) în Codul insolvenței, care reglementează expres faptul că nu sunt supuse suspendării *ope legis* nici „acțiunile judiciare îndreptate împotriva codebitorilor și/sau a terților garanți”. Cu alte cuvinte, s-a statuat în mod clar faptul că: (i) urmărirea împotriva garanțiilor/fideiusorilor continuă; (ii) corelativ și logic, nici cursul prescripției nu este întrerupt față de aceștia. De asemenea, este de remarcat

^[1] Statuările acestei decizii formează, de altfel, obiectul unor critici în cadrul articolului dlui prof. univ. dr. Ion Turcu Aplicarea corectă a dispozițiilor art. 36 și 40 din Legea nr. 85/2006, în Phoenix, aprilie-iunie 2014, prin care se argumentează și se demonstrează în mod magistral faptul că: „În raportul dintre creditor și fideiutor nu apare nicio împiedicare pentru urmărirea silită a fideiutorului datornic în solidar cu debitorul. Creditorul nu trebuie să aștepte finalizarea procedurii de insolvență contra debitorului, pentru că el are posibilitatea urmării silită a fideiutorului în afara procedurii de insolvență și independent de soarta acesteia”.

faptul că soluțiile adoptate în privința regimului juridic al garanților/fideiusorilor sunt diferite în procedura de prevenire a insolvenței față de cea a reorganizării.

3.4.3. Momentul acordării descărcării de obligații (reversarea hair-cut-ului)

3.4.3.1. Rațiunea avută în vedere

77. Introducerea conceptului „descărcării condiționate” prin raportare la reușita planului de reorganizare este poate unul dintre cele mai echitabile și juste remedii care puteau fi aduse tratamentului creditorilor în procedura insolvenței.

Au existat cazuri în practică în care planul de reorganizare era adoptat tocmai pentru efectul imediat al descărcării de obligații, cu efectul eliminării pentru totdeauna a unor creditori de la masa credală. Situația era de natură a crea inechități în ipoteza în care în cursul procedurii, patrimoniul debitorului era suplimentat prin recuperarea unor creanțe sau a unor bunuri, iar valorificarea activelor în cadrul reorganizării s-ar fi făcut la valori superioare celor estimate prin raportul de evaluare întocmit în cauză, ceea ce ar fi generat resurse suplimentare, care ar fi putut fi distribuite creditorilor care suferiseră anterior un *hair-cut*.

Ca atare, prin Codul insolvenței au fost introduse prevederi de natură a nuanța/ate-nua chiar efectul acestei descărcări condiționate, în sensul că orice sume suplimentare care ar putea intra în patrimoniul debitorului ca efect al reușitei unor acțiuni revocatorii falimentare, se vor distribui conform ordinii legale de distribuire – art. 140 alin. (2) din Codul insolvenței. În plus, în aceste condiții, și sumele care s-ar putea obține, pe parcursul procedurii de reorganizare, din antrenarea răspunderii personale a fostelor organe de control și decizie ale debitorului, ar beneficia de o astfel de distribuire, fără a mai fi restricționate de regula caracterului ireversibil și automat al „*hair-cut*”-ului, operat cu data confirmării planului.

Nu în ultimul rând, efectul descărcării de obligații a debitorului este afectat în cazul operării sancțiunii nou introduse față de persoana găsită vinovată de starea de insolvență, și anume interdicția de a ocupa, timp de 10 ani, funcția de administrator – art. 169 alin. (10): „Persoana împotriva căreia s-a pronunțat o hotărâre definitivă de atragere a răspunderii nu mai poate fi desemnată administrator sau, dacă este administrator în alte societăți, va fi decăzută din acest drept timp de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii”.

Secțiunea a 11-a. Reorganizarea. Reinsertia debitorului în activitatea economică

§1. Implementarea măsurilor stabilite prin planul de reorganizare

78. În mod constant, legiuitorul a alocat puține articole perioadei de reorganizare a debitorului, considerând tocmai că este imposibil a reglementa toate situațiile care se pot ivi, în practică, ulterior confirmării unui plan de reorganizare. Codul insolvenței prevede, la rândul său, un număr de 4 articole (141-144).

Odată cu momentul confirmării planului de reorganizare, debitorul va trebui să îndeplinească, fără întârziere, toate măsurile și schimbările structurale prevăzute în planul de reorganizare.

Bazat pe votul de încredere al creditorilor săi, și ținând cont de faptul că reorganizarea reprezintă ultima șansă pentru un profesionist onest de a-și redobândi poziția în piața pe care activează, odată cu momentul confirmării planului de reorganizare, administratorul special trebuie să dovedească faptul că merită această șansă. Ca atare, în primul rând trebuie implementate modificările operaționale asumate, pentru că acestea pot conduce, cel mai sigur, la remedierea greșelilor din trecut. În al doilea rând, dacă planul de reorganizare implică operațiuni societare – de tipul fuziunii sau divizării – trebuie demarate procedurile de înregistrare a acestora, având în vedere faptul că planul de reorganizare confirmat reprezintă o hotărâre judecătorească executorie și opozabilă. De asemenea, dacă este cazul, trebuie notificat Consiliul Concurenței, în condițiile în care operațiunile preconizate reprezintă o concentrare economică.

De asemenea, fie că este vorba despre modificări sau stingeri ale cauzelor de preferință, restructurarea unor angajamente contractuale asumate prin plan, emiteri de titluri de valoare sau modificări ale actului constitutiv, toate acestea trebuie realizate în etape bine conturate și corect respectate, pentru realizarea integrală a noilor obligații conținute de planul de reorganizare confirmat.

Important de precizat în cadrul acestei secțiuni este faptul că, în ipoteza eșecului planului de reorganizare, numai creanțele defavorizate (eliminate, în tot sau în parte) se reversează, iar nu și actele sau operațiunile efectuate în temeiul unui plan de reorganizare confirmat. De exemplu, în ipoteza unei reorganizări care a prevăzut o fuziune sau o divizare, eșecul planului nu înseamnă reversarea operațiunilor de fuziune sau divizare respective. În sprijinul acestei susțineri, argumentăm, pe lângă principiul stabilității circuitului comercial și cel al drepturilor câștigate, și dispozițiile art. 150 alin. (1), care prevăd faptul că sumele încasate pe parcursul reorganizării de către creditori nu se restituie.

§2. Regula *business-as-usual*

79. Pe parcursul reorganizării, debitorul va fi condus de administratorul special, sub supravegherea administratorului judiciar, dar sub rezerva neridicării dreptului de administrare conform prevederilor art. 85 alin. (5) din Codul insolvenței. Textul corelativ al Legii nr. 85/2006, art. 103 alin. (2), prevedea doar reluarea automată a dreptului de administrare a administratorului special, ca efect al confirmării planului, fără a contura excepția derivată dintr-o precedentă ridicare a dreptului de administrare, care ar fi putut să continue și în etapa reorganizării. Rațiunea pe care noul text al Codului insolvenței a avut-o, raportat la rezerva ridicării deja a dreptului de administrare, este mai degrabă una de echitate sau, mai corect spus, de încredere în afacere.

Dacă creditorii sau administratorul judiciar, adică cei care decid în chestiunile de oportunitate al *business-ului* debitorului, și-au pierdut încrederea în administratorul special și în echipa acestuia, întrucât în perioada de observație s-au înregistrat în continuare pierderi, este just a aprecia ca, în ipoteza confirmării planului de reorganizare, conducerea să aparțină echipei de profesioniști a administratorului judiciar.

Acționarii, asociații și membrii cu răspundere limitată nu au dreptul de a interveni în conducerea activității ori în administrarea averii debitorului, cu excepția și în limita cazurilor expres și limitativ prevăzute de lege și în planul de reorganizare.

§3. Imperativul plății creanțelor curente – prima verificare a viabilității unui plan de reorganizare

80. Titularul unei creanțe certe, lichide și exigibile, mai veche de 60 de zile și cu un quantum peste valoarea prag, poate solicita, oricând în timpul planului de reorganizare sau după îndeplinirea obligațiilor de plată asumate prin plan, trecerea la faliment.

Sub imperiul Legii nr. 85/2006, în astfel de cazuri, se ridică problema calității lor procesuale de a formula o astfel de cerere, atâta timp cât această posibilitate o aveau numai creditorii, iar ei nu erau „creditori” conform definiției aferente. De asemenea, noul text menționează că *cererea va fi respinsă de către judecător* în situația în care creanța nu este datorată, este achitată sau debitoarea încheie o convenție de plată cu acest creditor. Prin urmare, în cazul în care se ridică astfel de probleme ce țin de fondul cauzei, judecarea de urgență și cu precădere apare ca fiind destul de greu de realizat. Oricum, chiar dacă se încheie cu succes procedura reorganizării, creditorii curenți neplătiți, chiar dacă nu au formulat cerere de declanșare a procedurii falimentului, vor trebui plătiți.

§4. Noua poziționare a furnizorilor de utilități

81. Conform dispozițiilor art. 77 alin. (1) din Codul insolvenței, echivalentul art. 38 din Legea nr. 85/2006, orice furnizor de servicii – electricitate, gaze naturale, apă, servicii telefonice sau altele asemenea – nu are dreptul, în perioada de observație și în perioada de reorganizare, să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către debitor sau averea acestuia, în cazul în care acesta are calitatea de consumator captiv, potrivit legii.

În plus față de aceste prevederi, Codul insolvenței a înăsprit sancțiunea pentru nerespectarea acestor obligații de către furnizorul de utilități, astfel încât, în caz de menținere a contractului, se poate atrage răspunderea pentru acoperirea prejudiciilor aduse averii debitorului și aplicarea unei amenzi judiciare de la 10.000 lei la 30.000 lei pentru fiecare încălcare a obligațiilor, sub condiția ca furnizorul de utilități să fi fost notificat *individual, în prealabil* cu privire la deschiderea procedurii. Lipsa remedierii încălcării obligațiilor sau neexecutarea obligației de reluare a furnizării utilităților în termen de maximum 10 zile calendaristice de la notificarea primită de la administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar constituie în sine o nouă încălcare și se va sancționa cu o nouă amendă.

Pentru crearea unui echilibru, raportat și la importanța menținerii acestor servicii de către furnizorii de utilități, prin Codul insolvenței aceștia au dobândit noi drepturi, de natură a conduce, pe de o parte, la stabilizarea regimului juridic al creanțelor acestora, iar, pe de altă parte, la încurajarea furnizării utilităților către debitorul aflat în dificultate financiară, tocmai în considerarea necesității identificării acestui echilibru.

Astfel, în primul rând, termenul de plată aferent obligațiilor născute din derularea contractelor cu furnizorii de utilități este automat prorogat *ex lege* la 90 de zile (cu alte cuvinte, a fost stabilit un termen de grație legal). Pe de altă parte, este echitabil ca și acordarea acestui termen de grație *ex lege* să aibă corolarul unei obligații, ca atare și furnizorul de utilități are calitatea, în ipoteza în care serviciul prestat nu îi este achitat, să formuleze o cerere de plată, cu consecințele legale menționate la art. 75 alin. (3) și (4). Furnizorul de utilități poate opta și pentru întreruperea furnizării serviciului. De asemenea, a fost păstrată și posibilitatea furnizorului de utilități de a apela la instituția cauțiunii, judecătorul-sindic putând, la cererea furnizorului, să dispună ca debitorul să

depună o cauțiune la o bancă, drept condiție pentru îndatorirea furnizorului de a-i presta serviciile sale în timpul desfășurării procedurii de reorganizare judiciară. O astfel de cauțiune nu va putea depăși 30% din costul serviciilor prestate debitorului și neachitate ulterior deschiderii procedurii.

§5. Rapoartele trimestriale și importanța acestora

82. Debitorul, prin administratorul special, sau, în cazul în care dreptul de administrare al administratorului special a fost ridicat, administratorul judiciar, va trebui să prezinte trimestrial rapoarte comitetului creditorilor asupra situației financiare a averii debitorului. Aceste rapoarte se supun spre aprobare comitetului creditorilor, ulterior fiind înregistrate la grefa tribunalului, urmând ca debitorul sau, după caz, administratorul judiciar să notifice depunerea acestora tuturor creditorilor, în vederea consultării rapoartelor. Ca orice raport de activitate, chiar dacă întocmirea se face trimestrial, și pentru respectarea principiului transparenței și previzibilității în procedură, va fi publicat în extras în BPI anterior convocării comitetului creditorilor, pentru exprimarea votului în vederea aprobării acestora.

De asemenea, administratorul judiciar va prezenta și situația cheltuielilor efectuate pentru bunul mers al activității, în vederea recuperării acestora, care va fi avizată de comitetul creditorilor. Dacă consideră necesar, și în virtutea exercitării rolului activ, în termen de 5 zile de la aprobarea rapoartelor, comitetul creditorilor va putea convoca adunarea creditorilor pentru a prezenta măsurile luate de debitor și/sau de administratorul judiciar, efectele acestora, precum și să propună motivat alte măsuri. Prin aceste rapoarte trimestriale creditorii sunt sesizați în privința mersului afacerii, ca atare astfel de rapoarte trebuie să redea o analiză realistă, lucidă, economică și juridică în privința modului în care debitorul înțelege sau reușește să execute planul de reorganizare. Totodată, conținutul sau concluziile acestor rapoarte pot reprezenta un semnal de alarmă în privința eventualelor pierderi continue înregistrate în situația financiară a debitorului.

§6. Respectarea atât a programului de plăți, cât și plata creanțelor curente – noua cerință pentru reușita planului de reorganizare

83. Este evident faptul că nerespectarea programului de plăți conduce către eșuarea procedurii de reorganizare și trecerea, prin sentința judecătorului-sindic, la faliment, caz prevăzut de dispozițiile art. 145 alin. (1) lit. C) din Codul insolvenței. Un alt caz de trecere la procedura falimentului îl constituie și pierderile aduse averii debitorului, traduse din punct de vedere juridic prin creanțe curente neachitate.

Prin noile dispoziții ale art. 175 alin. (1) s-a prevăzut în mod expres faptul că o societate, chiar dacă și-a achitat obligațiile din programul de plăți, dar are restanțe față de creditorii curenți, poate intra în faliment.

Au existat situații în practică în care debitorii reușeau să iasă din procedura de reorganizare, fără achitarea creanțelor curente acumulate în procedura de observație sau reorganizare, argumentând o interpretare literală a dispozițiilor art. 132 alin. (1) din Legea nr. 85/2006: „O procedură de reorganizare prin continuarea activității sau lichidare pe bază de plan va fi închisă, prin sentință, în urma îndeplinirii tuturor obligațiilor de plată asumate în planul confirmat”. Or, acest text normativ nu face decât să finalizeze testul de viabilitate al debitorului care a beneficiat de șansa unei reorganizări: atât creanțele

anterioare deschiderii, în măsura preluării acestora prin programul de plăți, efect al confirmării planului de reorganizare, cât și, mai ales, creanțele curente, trebuie achitate în totalitate. În caz contrar, sancțiunea este trecerea la faliment

§7. Stabilitatea sau riscul unor acte sau operațiuni efectuate ulterior confirmării planului de reorganizare

7.1. Drepturile câștigate ale creditorilor în privința plăților încasate în timpul reorganizării

84. Dispozițiile art. 150 alin. (1) din Codul insolvenței stabilesc, cu valoare de principiu, faptul că nu există o obligativitate pentru creditorii de a restitui sumele încasate în cursul reorganizării. Și este firesc să fie așa, de vreme ce planul de reorganizare este un contract judiciar care, în caz de reziliere pentru o culpă în executarea obligațiilor concursuale, lasă nealterate efectele produse în perioada în care a fost în vigoare. De altfel, *teoria drepturilor câștigate* susține astfel: „Contractul este sursa de obligațiuni și drepturi, egală în putere cu legea. Când un contract se încheie (...) întrunind toate condițiile de validitate și executându-se într-un anumit mod, el nu constituie doar un simplu drept câștigat, după distincția clasică între drepturile câștigate și simplele expectative; el reprezintă un domeniu în care voința particulară este suverană. Este principiul autonomiei voinței contractuale. Sursa dreptului derivă dintr-un domeniu pe care legile ulterioare îl pot contura, dar al cărui conținut anterior nu-l pot suprima^[1]”.

Pe de altă parte, contrar principiilor de stabilitate și de securitate juridică a drepturilor câștigate, adică, în final, a plăților încasate, o problemă se poate ridica în ipoteza în care plățile au fost efectuate cu încălcarea dispozițiilor art. 140 alin. (3) din Codul insolvenței („Sumele provenite din activitatea curentă a debitorului sau din valorificarea activelor negrevate de cauze de preferință vor fi prevăzute a se distribui *pro rata* pentru fiecare creanță prevăzută a se achita în timpul reorganizării, după deducerea sumelor prevăzute ca fiind necesare plății creanțelor curente exigibile și a celor necesare asigurării capitalului de lucru, dacă este cazul”).

Considerăm drept soluții posibile fie *refuzul de aprobare a raportului trimestrial*, dacă creditorul interesat este membru în comitetul creditorilor, cu exercitarea ulterioară a căii de atac în fața judecătorului-sindic, conform dispozițiilor art. 51 alin. (6) din Codul insolvenței, dacă în final decizia comitetului a fost aceea de aprobare a raportului, fie, în ipoteza în care acest creditor nu este membru în comitetul creditorilor, *exercitarea unei contestații împotriva deciziei comitetului creditorilor*, conform aceluiași dispoziții legale citate. Cu alte cuvinte, creditorul/creditorii interesați trebuie să manifeste diligență și rol activ în procedură, întrucât neexercitarea acestor căi de atac va conduce la validarea/consolidarea plăților efectuate.

7.2. Nulitatea *ope legis* a actelor cu titlu gratuit

85. Rațiunea regulii potrivit căreia orice acte cu titlu gratuit, efectuate între data confirmării planului de reorganizare și intrarea în faliment sunt nule, este o manifestare a principului de drept *nemo liberalis nisi liberates*. Cu alte cuvinte, există o continuitate firească,

^[1] I. Miclescu, Curs de drept civil, 1923.

de gândire și aplicare a acestui principiu de drept, de vreme ce în perioada suspectă astfel de acte sunt, de asemenea, anulabile [art. 117 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței]. A *fortiori*, actele cu titlu gratuit, efectuate în cursul procedurii de reorganizare, se constituie într-o incapacitate de folosință a persoanei juridice aflate în stare de insolvență.

7.3. Presumția de fraudă în privința anumitor acte efectuate între confirmarea planului de reorganizare și faliment

Actele efectuate în cursul procedurii de reorganizare, care nu au beneficiat de autorizarea administratorului judiciar sau, după caz, au depășit limitele acestei autorizări, cele neautorizate de către comitetul creditorilor și nepermise de planul de reorganizare, sunt prezumate a fi în fraudă creditorilor și vor putea fi anulate. Excepția este constituită de buna-credință a cocontractantului, existentă la momentul încheierii actului.

Analizând mecanismul de funcționare al acestor acțiuni în nulitate aferente reorganizării, observăm că acesta seamănă substanțial cu cel al acțiunilor revocatorii falimentare astfel:

- în beneficiul masei credale funcționează o *presumție de fraudă*, în sensul că cel care trebuie să dovedească buna-credință este cocontractantul;

- vizează o *perioadă determinată*, atent monitorizată de către toți participanții la procedură, și anume procedura de reorganizare;

- având în vedere caracterul public al planului de reorganizare și existența unei minime diligențe a unui cocontractant profesionist, este greu de crezut că acesta a contractat cu un debitor în reorganizare, fără a verifica limitele și obiectul mandatului acestuia în a contracta cu terții;

- sancțiunea este anularea, cu efectul înotarcerii prestațiilor în patrimoniul debitorului. Deși legiuitorul nu prevede expres, similar tratamentului terțului de rea-credință din cadrul acțiunilor revocatorii falimentare, credem că terțul de rea-credință din cadrul acțiunilor în nulitate aferente reorganizării va avea o creanță subordonată, în ordinea de prioritate a art. 161 pct. 10 lit. a), pentru că *fraus omnia corrumpit*.

Interesant este că acțiunile în nulitate aferente reorganizării sunt dublate de acțiunea în răspunderea administratorului special, reglementată de dispozițiile art. 84 alin. (2) din Codul insolvenței. Astfel, administratorul special este direct răspunzător patrimonial, pentru acoperirea prejudiciului produs prin nerespectarea tipului de acte și operațiuni pe care le poate exercita în procedură (acte de administrare curentă, respectiv acte de dispoziție): „Administratorul special desemnat într-o procedură de insolvență răspunde pentru încălcarea dispozițiilor art. 87, judecătorul-sindic, la cererea administratorului judiciar, a adunării creditorilor, formulată de președintele comitetului creditorilor sau de un alt creditor desemnat de aceasta, sau la cererea creditorului ce deține 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală, putând dispune ca o parte din pasivul astfel produs să fie suportat de către administratorul special, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu actele sau operațiunile astfel desfășurate”.

§8. Închiderea procedurii de reorganizare

86. În privința închiderii procedurii, principala noutate adusă de prevederile Codului insolvenței constă în marcarea acestui moment esențial al reușitei planului de reorganizare prin obligativitatea întocmirii unui raport de către administratorul judiciar.

Potrivit Legii nr. 85/2006, nu exista obligativitatea întocmirii unui raport cu privire la constatarea îndeplinirii obligațiilor cuprinse în planul confirmat, ceea ce a atras o serie de neajunsuri cu privire la posibilitatea creditorilor de a contesta măsura administratorului judiciar în situația în care se opuneau închiderii procedurii de reorganizare. Practic, ceea ce se ataca, era însăși sentința judecătorului-sindic de închidere a procedurii de reorganizare, în lipsa unui raport al administratorului judiciar.

Potrivit prevederilor art. 175 din Codul insolvenței, raportul administratorului judiciar trebui să conțină atât constatarea îndeplinirii obligațiilor de plată asumate prin planul confirmat – și care sunt anterioare deschiderii procedurii insolvenței, cât și constatarea plății creanțelor curente scadente, născute în timpul procedurii. Măsura cuprinsă în acest raport va putea fi contestată, asemeni oricărei alte măsuri a administratorului judiciar, astfel încât va mai exista un *filtru* înaintea pronunțării sentinței judecătorului-sindic de închidere a procedurii de reorganizare.

Menționarea în cuprinsul raportului a efectivității plății creanțelor curente constituie un alt element de noutate adus prin Codul insolvenței, câtă vreme, în mod neîntemeiat, proceduri de reorganizare puteau fi închise prin simpla constatare a plății creanțelor anterioare, rămânând creditorilor curenți neplătiți misiunea de a-și recupera creanțele după reinsertia debitorului în activitatea curentă, cu toate riscurile legate de o posibilă interpretare, în sensul că și în privința acestor creditori operează descărcarea de datorie a debitorului – lucru cu care evident nu putem fi de acord.

Protecția deținătorilor de creanțe curente peste valoarea-prag, născute atât în perioade de observație, cât și în perioada de reorganizare, este efectivă, aceștia având dreptul, în ipoteza în care debitorul nu le plătește, să solicite intrarea în faliment a acestuia, conform prevederilor art. 143 alin. (3) din Codul insolvenței. Mai mult decât atât, cererea acestor creditori va putea fi respinsă doar în cazurile în care suma nu este datorată, suma este achitată sau debitorul încheie o convenție de reeșalonare cu respectivul creditor.

Câtă vreme art. 143 alin. (3) se referă la titularul unei creanțe curente cu o valoare peste valoarea-prag, se pune întrebarea ce se întâmplă în ipoteza în care debitorul are datorii curente, scadente, neplătite către creditori diferiți, fiecare situându-se sub valoarea-prag, dar care, însumate, depășesc această valoare. În opinia noastră, este evident faptul că acești creditori nu vor putea solicita deschiderea procedurii de faliment în condițiile art. 143 alin. (3), dar au posibilitatea de a contesta raportul administratorului judiciar prin care se propune închiderea procedurii de reorganizare, întocmit conform art. 175, căci acesta nu distinge în privința valorii-prag a creanțelor curente. Potrivit acestui articol, creanțele curente trebuie să fie plătite dacă sunt scadente, fără nicio condiție referitoare la cuantum.

Ca efect al sentinței de închidere a procedurii de reorganizare, devin cu adevărat aplicabile prevederile referitoare la descărcarea debitorului de obligațiile anterioare și care au fost cuprins în planul confirmat, potrivit prevederilor art. 181 alin. (2) din Codul insolvenței, căci testul viabilității planului a fost trecut, debitorul neintrând în procedură de faliment după data confirmării planului de reorganizare.

Secțiunea a 12-a. Planul de reorganizare.

Studii de caz

§1. Aspecte generale privind metodele de reorganizare

87. Nu există un tipar pentru planuri de reorganizare de succes! Fiecare societate își adaptează strategia de reorganizare/restructurare în funcție de condițiile concrete existente la momentul în care intră în dificultate, în strictă concordanță cu situația economico-financiară a societății, gradul de îndatorare, condițiile de piață, posibilitatea de finanțare etc.

Rețeta succesului însă o poate reprezenta momentul ales de societate privind reorganizarea, dar și găsirea unor soluții viabile care să permită acest lucru. De asemenea, dacă au ales ca reorganizarea să se facă în cadrul procedurii insolvenței, înainte de luarea deciziei, factorii decidenți trebuie să cunoască pârgurile pe care le oferă legea insolvenței în privința reorganizării, dar și condițiile de legalitate și oportunitate care trebuie îndeplinite în vederea votării și confirmării planului.

Metodele de reorganizare propuse de persoanele îndreptățite s-au rafinat în ultima perioadă, ele fiind din ce în ce mai diversificate. Condiția esențială însă este ca acestea să fie viabile și aplicabile la starea de fapt a societății aflată în insolvență. Afirmăm aceasta pentru că, în practică, există cazuri în care se propun planuri de reorganizare în vederea tergiversării trecerii la faliment, aspect care nu profită nici debitorilor și nici creditorilor, reorganizările de succes fiind în număr restrâns.

Aparent, aceste planuri conțin toate elementele obligatorii prevăzute de lege, dar nu sunt viabile, din mai multe motive: fie nu sunt adaptate „stării societății”, fie cuprind posibilități ipotetice de reorganizare și finanțare. De aceea, considerăm că nu este oportun să se ofere „modele” de planuri de reorganizare. Pe de altă parte, acesta este și motivul pentru care s-a considerat necesar ca viabilitatea planului să fie *dublu cenzurată*, atât de către creditorii la votarea planului, cât și de către judecătorul-sindic cu ocazia confirmării, acest aspect fiind precizat cu claritate în noua reglementare.

Există și cazuri în care planurile de reorganizare conțin metode concrete, aplicabile și adaptate societății, gândite și negociate încă din perioada de observație sau chiar înainte de deschiderea procedurii insolvenței, fapt care a permis ca reorganizarea să se finalizeze cu succes, uneori chiar în termene record (de până la un an).

Vom prezenta în continuare două studii de caz, primul referitor la insolvența grupului de societăți în condițiile Legii nr. 85/2006 și cel de-al doilea care îmbină unele dintre cele mai interesante și variate metode prevăzute de lege privind reorganizarea judiciară.

§2. Primul studiu de caz: reorganizarea grupului de societăți

2.1. Considerații generale

88. Pornind de la experiența acumulată în dosarele debitorilor care făceau parte din grupuri de societăți dintre care majoritatea se aflau în insolvență, cât și de la faptul că în legislația românească nu existau reglementări în ceea ce privește grupul de societăți, în Codul insolvenței a fost introdus un capitol distinct care tratează *insolvența grupului de societăți*.

Pentru că la data instrumentării acestor dosare nu exista reglementată insolvența grupului de societăți, practicienii au întâmpinat greutăți în coordonarea procedurilor de insolvență la acele societăți din cadrul grupului aflate pe rolul diverselor tribunale din țară și atribuite unor administratori judiciari diferiți. Problemele întâmpinate au fost legate de:

- termenele diferite de soluționare a contestațiilor și, implicit, de finalizare a tabelelor de creanță, cu efectul dificultăților de coordonare a planurilor de reorganizare;
- garanțiile încrucișate între firmele din grup;
- necesitatea colaborării permanente cu ceilalți administratori judiciari numiți în diversele dosare de insolvență ale societăților aparținând aceluiași grup, în vederea analizei la nivel consolidat a grupului și urmăririi tranzacțiilor intragrup și, nu în ultimul rând, în vederea realizării celei mai eficiente strategii de reorganizare pentru fiecare societate din grup.

În unele situații, practicienii au reușit să se facă înțeleși în acțiunile întreprinse, în sensul de a convinge creditorii, dar și instanțele de judecată asupra necesității atribuirii dosarelor debitorilor din cadrul grupului aceluiași administrator judiciar, iar acolo unde a permis competența teritorială, și *aceluiași complet de judecată*, cât și stabilirea aceluiași termene procedurale în cadrul dosarelor din grup, astfel încât procedura de insolvență să poată fi urmărită și coordonată simultan pentru toate societățile din grup aflate în insolvență.

Acest fapt a permis o mai bună analiză a activității debitorilor la nivel de grup, a creditorilor acestora și a garanțiilor încrucișate, o mai bună coordonare și supraveghere a activității curente a societăților grupului aflate în perioada de observație, cât și o strategie unică de reorganizare pentru întregul grup.

Planurile de reorganizare la nivelul grupului prevăd în principal fuziunea unora dintre societățile profitabile din grup, metodă combinată cu conversia unei părți a creanțelor în părți sociale și vânzare parțială a activelor *non core business* în vederea finanțării producției etc.

Vom prezenta în continuare un studiu de caz asupra unui *grup de firme în insolvență*, aflat sub incidența Legii nr. 85/2006.

2.2. Analiza strategiei și a metodelor de reorganizare

89. Avantajul major al procedurii de insolvență a celor trei societăți din grup îl reprezintă faptul că procedura s-a deschis la cererea debitorilor în toate cele trei dosare la *aceeași dată*, pe rolul aceleiași instanțe, sub coordonarea aceluiași judecător-sindic și a aceluiași administrator judiciar.

De menționat este faptul că societățile din grup au în majoritate aceiași creditori bancari, reprezentând unsprezece dintre băncile mari din România, garanțiile societăților din grup fiind încrucișate.

În această situație, activitatea administratorului judiciar a fost simplificată, în sensul urmăririi creanțelor și garanțiilor consolidat, la nivelul întregului grup, dar și în urmărirea activității curente în ceea ce privește tranzacțiile intra-grup.

Analiza economico-financiară în sensul eficientizării și restructurării activității celor trei societăți s-a făcut atât individual, cât și consolidat, stabilindu-se punctele forte și cele slabe, putându-se lua astfel cele mai adecvate măsuri.

Instanță de judecată a urmărit să acorde aceleași termene pentru cele trei dosare, procedurile desfășurându-se practic într-o deplină concordanță. De asemenea, și solu-

ționarea contestațiilor la tabelele preliminare s-a făcut la aceleași termene de judecată, dând astfel posibilitatea întocmirii și depunerii tabelor definitive ale celor trei societăți concomitent și, implicit, inclusiv a planurilor de reorganizare.

În prezent, urmare a soluționării deodată a contestațiilor la tabelele preliminare de creanțe ale celor trei societăți, se procedează la întocmirea tabelor definitive de creanțe și a planurilor de reorganizare.

Având o viziune unitară asupra întregului grup de societăți, proiectarea planurilor de reorganizare se va face atât individual, dar și consolidat, urmărindu-se o *fuziune* a celor trei societăți, pe baza următoarelor criterii:

2.2.1. Cadrul juridic al fuziunii

90. Fuziunea va avea loc în conformitate cu prevederile următoarelor *acte normative*, prin derogare de la prevederile Legii nr. 31/1990 și ale Legii nr. 297/2004 (dacă este cazul), stabilite prin prevederile art. 95 alin. (6) lit. D și art. 95 alin. (7) din Legea nr. 85/2006: Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței; Legea societăților nr. 31/1990; Legea contabilității nr. 82/1991; O.M.F.P. nr. 1376/2004 pentru aprobarea Normelor metodologice privind reflectarea în contabilitate a principalelor operațiuni de fuziune, divizare, dizolvare și lichidare a societăților comerciale, precum și retragerea sau excluderea unor asociați din cadrul societăților comerciale și tratamentul fiscal al acestora; O.M.F.P. nr. 1286/2012 pentru aprobarea reglementărilor contabile conforme cu IFRS-IFRS 3; O.U.G. nr. 75/1999 privind activitatea de audit financiar; Standardele Internaționale de Raportare Financiară (IFRS); Legea nr. 297/2004 privind piața de capital (după caz); Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal; Codului muncii.

2.2.2. Modalitatea de realizare a fuziunii (etapele fuziunii)

91. Fuziunea va avea loc prin absorbirea a două societăți din grup (denumite în continuare *societăți absorbite*) de către o societate a aceluiași grup (denumită în continuare *societatea absorbantă*), toate cele trei societăți aflându-se în procedura insolvenței.

La finalizarea procesului de fuziune, potrivit prevederilor legale, societățile absorbite urmează a fi dizolvate fără a intra în lichidare, transferând activele și pasivele deținute (creanțele față de societățile absorbite născute după data deschiderii procedurii insolvenței și cele din programul de plăți rămase în sold la data la care fuziunea urma a produce efecte – denumită în continuare *data de efect a fuziunii*) către societatea absorbantă, urmând să fie radiate de la Oficiul competent al Registrului Comerțului și să-și înceteze existența ca persoane juridice.

1. Fuziunea între societatea absorbantă și societățile absorbite va fi aprobată odată cu confirmarea planurilor de reorganizare ale societăților care fuzionează.

2. În temeiul sentinței judecătorului-sindic de confirmare a planurilor de reorganizare ale societăților absorbite și al societății absorbante, fuziunea va fi înregistrată pentru fiecare la Oficiul competent al Registrului Comerțului.

3. Data de efect a fuziunii va fi ultima zi a lunii în care judecătorul-sindic va pronunța sentința judecătorească de confirmare a planurilor de reorganizare (în cazul de față aceeași dată pentru cele trei societăți).

4. Fuziunea va produce efecte la data înregistrării în Registrul Comerțului a modificărilor actului constitutiv al societății absorbante, generate de fuziune.

5. Ca rezultat al fuziunii, toate activele aparținând societăților absorbite, incluzând bunurile imobile și mobile, sunt transmise către societatea absorbantă, pe baza unui protocol care se va încheia între cele trei societăți. De asemenea, fac obiectul transmiterii drepturile de orice fel, inclusiv cele litigioase, prezente sau viitoare, deținute de societățile absorbite.

6. Începând cu data de efect a fuziunii, toate drepturile și obligațiile procesuale și de drept material derivate din litigiile în care societățile absorbite sunt parte vor fi preluate de societatea absorbantă.

7. Prin operațiunea de fuziune se va realiza o transmitere *cu titlul universal*, astfel încât gajul general pe care îl au clasele de creditori față de patrimoniul efectiv nu va fi afectat.

8. Ca efect al transferului cu titlu universal al activelor societăților absorbite, bunurile vor fi transmise către societatea absorbantă în starea în care erau la data de efect a fuziunii, inclusiv cu garanțiile care grevau bunurile la această dată, conform prevederilor art. 2345 alin. (1) NCC.

9. Acționarii sau asociații societăților absorbite devin acționari, respectiv asociați ai societății absorbante, în conformitate cu regulile de repartizare stabilite în proiectul de fuziune.

10. După realizarea fuziunii, dosarele de insolvență ale societăților absorbite se vor trimite spre conexare la dosarul societății absorbante.

2.2.3. *Rațiuni de natură economică care stau la baza fuziunii*

92. Societățile care fuzionează sunt societăți aflate în insolvență care își desfășoară activitatea în același domeniu, având același sau similar obiect principal de activitate, afacerile acestora fiind pe deplin *compatibile*.

Motivele fundamentale care stau la baza fuziunii în cadrul celor trei societăți din grup sunt:

1. Reducerea costurilor unitare de achiziție prin creșterea volumului de achiziție și eficientizarea resurselor logistice.

2. Creșterea puterii de negociere în relațiile cu furnizorii de bunuri, servicii și cu clienții.

3. Diversificarea sortimentului de produse. În urma fuziunii, societatea absorbantă va asigura producția și desfacerea întregului sortiment de produse solicitat pe piață în momentul respectiv.

4. Creșterea volumului de produse de calitate realizate, cu un impact pozitiv asupra indicatorilor economici ai societății absorbante.

5. Cumularea resurselor celor trei societăți, care va duce la creșterea puterii financiare necesară contractării creditelor bancare în condiții mai avantajoase, de natură a permite accesarea altor facilități financiare necesare derulării activității operaționale, acordate de instituțiile financiar-bancare.

6. Simplificarea și gestiunea mai eficientă a fluxurilor financiare necesare desfășurării activității societății și reducerea costurilor prin economii la nivelul costurilor fixe și variabile.

7. Optimizarea alocării resurselor. Cumularea resurselor economico-financiare și tehnologice ale celor trei societăți implicate în fuziune, care va facilita efectuarea investițiilor necesare pentru dezvoltarea afacerilor.

8. Realizarea unei structuri decizionale unitare, crearea unui sistem integrat de management și coordonarea celor trei societăți participante la fuziune. Ca rezultat al fuziunii, structura administrativă va fi simplificată, iar coordonarea și administrarea întregii afaceri va fi simplificată. Prin urmare, una dintre motivațiile fuziunii proiectate este aceea de a simplifica procesul decizional, de a fluidiza procesul de execuție și de a reduce costurile administrative, prin formarea unei structuri unice în care să fie angrenate toate forțele societăților implicate în fuziune.

9. Asigurarea unei utilizări mai eficiente a resurselor umane.

2.2.4. Efecte privind tabelele creditorilor și programele de plăți ale societăților absorbite

93. 1. Fiecare dintre societățile absorbite își va menține propriul *tabel al creditorilor* până la data de efect a fuziunii și, de asemenea, fiecare dintre acestea va avea propriul program de plăți cuprins în planul de reorganizare confirmat.

2. Ulterior datei de efect a fuziunii, societatea absorbantă va respecta atât propriul program de plăți, cât și programul de plăți al fiecărei dintre societățile absorbite, astfel cum a fost aprobat prin planul de reorganizare al acestora, cele trei programe de plăți făcând practic corp comun.

2.2.5. Informații financiare

94. *Data de referință pentru situațiile financiare întocmite cu ocazia fuziunii:*

1. Data situațiilor financiare ale societăților absorbite, care vor fi întocmite în scopul stabilirii condițiilor fuziunii va fi data de efect a fuziunii.

2. Patrimoniile societăților absorbite vor fi evidențiate în situațiile financiare încheiate la data de efect a fuziunii.

3. Elementele de activ și elementele de pasiv ale societăților absorbite vor fi evaluate la data de efect a fuziunii.

2.2.6. Evaluarea societății absorbante și determinarea aportului net de fuziune

95. Evaluarea societății absorbante și determinarea aportului net de fuziune va fi efectuată de către un *evaluator independent*, în conformitate cu normele legale incidente la data de efect a fuziunii.

2.2.7. Completarea obiectului de activitate al societății absorbante și modificarea actului constitutiv

96. Obiectul de activitate al societății absorbante va fi completat cu activitățile suplimentare, preluate din obiectul de activitate al societăților absorbite, modificându-se totodată actul constitutiv al acestei societăți.

Este de remarcat faptul ca planurile de reorganizare care au ca obiect fuziunea societăților din grup trebuie să cuprindă în detaliu toate datele enumerate mai sus, astfel încât aprobarea fuziunii să fie încorporată în hotărârea de confirmare a planului de reorganizare, pentru a produce efecte la Oficiul Registrului Comerțului.

§3. Cel de-al doilea studiu de caz: planul de reorganizare – între negocierile, strategii și finalitate

3.1. Noțiuni generale

3.1.1. Identificarea societății care a făcut obiectul reorganizării

97. Societatea în discuție va fi în continuare denumită *debitoarea* și este o societate cu răspundere limitată, persoană juridică de naționalitate română.

3.1.2. Structura acționariatului. Capitalul social

98. Capitalul social este împărțit în 100.000 de părți sociale care erau deținute la momentul reorganizării într-un procent de 100% de către un asociat unic, denumit în continuare *asociatul*.

Valoarea capitalului subscris și vărsat era de 19.003.000,00 lei.

3.1.3. Obiectul de activitate

99. Obiectul de activitate declarat conform clasificării CAEN este următorul:

Obiect principal de activitate – 4110 – Dezvoltare (promovare) imobiliară.

Obiecte secundare de activitate:

4120 Lucrări de construcții a clădirilor rezidențiale și nerezidențiale;

4212 Lucrări de construcții a căilor ferate de suprafață și subterane;

4213 Construcția de poduri și tuneluri;

4221 Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru fluide;

4222 Lucrări de construcții a proiectelor utilitare pentru electricitate și telecomunicații;

4299 Lucrări de construcții a altor proiecte ingineresti;

6832 Administrarea imobilelor pe bază de comision sau contract;

8110 Activități de servicii suport combinate;

8020 Activități de servicii privind sistemele de securizare;

6820 Închirierea și subînchirierea bunurilor imobiliare proprii sau închiriate;

4321 Lucrări de instalații electrice;

4322 Lucrări de instalații sanitare, de încălzire și de aer condiționat

4329 Alte lucrări de instalații pentru construcții;

4391 Lucrări de învelitori, șarpante și terase la construcții;

4399 Alte lucrări speciale de construcții.

3.1.4. Scurt istoric cu privire la înființarea și activitatea societății

100. Debitoarea a fost înființată în anul 2003.

În ianuarie 2004, printr-un *contract de cesiune părți sociale*, 50% din părțile sociale deținute de *asociat* au fost cesionate către o persoană juridică de naționalitate olandeză.

Contractul de cesiune părți sociale s-a încheiat în considerarea contractului de asociere încheiat în 2003 între debitoare și o altă societate română, prin care s-a hotărât dezvoltarea în comun a unui proiect având drept scop construirea, dezvoltarea, operarea și exploatarea unui imobil de birouri.

Prin același contract de cesiune s-a recunoscut dreptul celeilalte societăți asociate de a-și transmite drepturile și obligațiile rezultate din asociere, către societatea olandeză.

Conform *contractului de asociere*, finanțarea proiectului trebuia să fie asigurată prin contractarea unui împrumut bancar.

Lucrările la imobilul de birouri au fost finalizate în anul 2010.

De asemenea, în cazul în care costurile proiectului depășeau valoarea liniei de credit, părțile erau obligate în solidar să contribuie în mod egal cu suma necesară finalizării proiectului.

În executarea contractului de asociere, numai asociatul român a alocat sumele necesare construirii imobilului, în timp ce asociatul străin nu și-a îndeplinit obligațiile asumate.

3.1.5. Cauzele care au dus la starea de insolvență a debitoarei

101. În cursul anului 2004, societatea debitoare a încheiat cu o bancă, denumită în continuare *banca*, un contract de vânzare-cumpărare, prin care debitoarea a vândut către bancă o cotă-parte din cele 2 loturi de teren (1.188 mp) pe care urma să se edifice construcția, cât și părți din viitoarea clădire în suprafața totală de aproximativ 13.000 mp. Concomitent, tot la aceeași dată se încheie de către societatea debitoare un contract de împrumut cu banca în valoare de 22.000.000 EUR, destinat finanțării construcției clădirii de birouri.

Conform contractului, rambursarea împrumutului trebuia să se realizeze în 57 de rate lunare, începând cu ultima zi bancară a următoarei luni după perioada de grație.

Întrucât între contractul de credit și cel de vânzare-cumpărare se năștea o legătură prin termenul final de terminare a construcției, iar acesta a fost stabilit la o dată în cursul anului 2007, banca a considerat că debitoarea nu și-a îndeplinit obligațiile contractuale, deși era cunoscut faptul că termenul de finalizare nu a putut fi respectat din motive exterioare culpei debitoarei, cum ar fi, spre exemplu, emiterea cu mare întârziere a autorizației de construcție pentru corpul B al clădirii de birouri. Ca urmare, banca a decis în mod unilateral încetarea finanțării proiectului, refuzând să accepte orice modificare a termenului de predare a construcției și a anunțat că este gata să execute garanțiile constituite trecând de altfel la demararea procedurilor de *executare silită*.

Având în vedere iminența vânzării silită a imobilului (fusese stabilită chiar și data de vânzare la licitație a imobilului) și față de faptul că procedurile în fața instanțelor judecătorești nu aveau cum să se finalizeze anterior licitației, *debitoarea ar fi fost obligată să efectueze plata întregii creanțe în valoare de 15.616.459,06 Euro și 1.060 lei* reprezentând cheltuieli de executare, solicitând băncii radierea din registrele de publicitate a garanțiilor.

Banca a refuzat însă radierea garanțiilor, invocând o protecție asupra unei posibile înotarceri a executării silită. În aceste condiții, în loc să utilizeze sumele importante de bani împrumutate de la *asociat pentru finalizarea imobilului, acestea ar fi fost folosite pentru a rambursa creditul acordat de către bancă*. Urmare a acestor divergențe, care au privit inclusiv contractul de vânzare-cumpărare, au fost declanșate o serie de acțiuni în instanță între debitoare și bancă.

Astfel, pe rolul unui tribunal din țară existau, la data propunerii planului de reorganizare, două dosare conexe în care banca solicita „obligarea debitoarei la predarea proprietății, potrivit obligației născute din contract”, iar debitoarea solicita „să se constate/să se dispună rezoluțiunea contractului de vânzare-cumpărare”.

La deschiderea procedurii de insolvență, banca a solicitat înscrierea în tabelul preliminar a creanței în sumă de 28.849.212 lei, cu titlu de penalități izvorând din contractul de vânzare-cumpărare și cu suma de 59.652.301,13 lei, din care 47.868.016,25 lei capital și 11.784.284,88 lei dobândă legală, sub condiția suspensivă a aditerii irevocabile a cererii de chemare în judecată având ca obiect cererea debitoarei de rezoluțiune a contractului.

În urma discuțiilor și negocierilor avute cu banca, prin planul de reorganizare s-a propus stingerea litigiului cu banca prin încheierea unei tranzacții, anexată planului de reorganizare.

Debitoarea a continuat lucrările și a finalizat construcția, folosind fonduri proprii ale asociatului, în baza unor contracte de împrumut succesive, astfel acesta devenind principalul creditor al debitoarei. De asemenea, în temeiul contractului de vânzare-cumpărare încheiat între debitoare și bancă, suma achitată de către aceasta din urmă pentru 40% din clădire (28.607.930 lei) a acoperit doar 18% din costurile totale ale construcției (157.893.247 lei), rezultând astfel o disproporție între ceea ce s-a plătit și ce se urmărea a se obține.

Toate aceste operațiuni, prin care debitoare s-a angajat la plată, cât și faptul că, datorită litigiilor menționate mai sus, debitoare nu a putut beneficia de venituri din exploatare, au condus la o lipsă vădită de lichidități, ceea ce a generat, din motive obiective, starea de insolvență a debitoarei.

3.2. Necesitatea reorganizării

3.2.1. Aspecte economice

102. Având în vedere că debitoare a edificat o clădire de birouri, cu o suprafață desfășurată de 30.998 mp, dotată la ultimele standarde, cu finisaje superioare, care însă nu a fost introdusă în circuitul economic, procedura reorganizării permitea societății care se afla într-o stare precară din punct de vedere financiar, să se redreseze și să-și continue activitatea.

3.2.2. Premise

103. Principalele premise de la care a plecat reorganizarea debitoarei au fost următoarele:

1. închiderea pe cale amiabilă a numeroaselor litigii care au blocat introducerea în circuitul economic al activului reprezentând clădire spații de birouri;
2. revigorarea parțială a pieței imobiliare manifestată prin aflulul de interes pentru închirierea unor spații de birouri în imobilul supus analizei;
3. reducerea drastică a cheltuielilor cu personalul propriu al debitoarei care, la data elaborării planului de reorganizare, era de numai 4 persoane;
4. capacitatea managerială a noii conduceri a debitoarei de a atrage, în calitate de clienți, parteneri viabili și interesați de închirierea/achiziția de spații de birouri clasa A;
5. negocierile purtate de către managementul debitoarei în vederea finanțării pentru reușita planului;
6. negocierile cu creditorii din cadrul procedurii în scopul identificării de soluții pentru acoperirea creanței acestora, concretizate fie prin încheiere de tranzacții, fie prin conversia creanțelor în părți sociale.

Vânzarea, la acel moment, a întregului patrimoniu al debitoarei în cazul falimentului ar fi diminuat șansele de recuperare a creanțelor pentru creditorii acesteia și ar fi condus la înstrăinarea acestui patrimoniu la o valoare net inferioară valorii sale reale.

La data confirmării planului de reorganizare, imobilul din proprietatea debitoarei nu era dat în folosință, având în vedere că nu se efectuase recepția finală a acestuia.

În această situație, în vederea stingerii tuturor litigiilor aflate pe rolul diferitelor instanțe de judecată care, în mare parte, au împiedicat darea în folosință a imobilului și au privat debitoarea de obținerea de venituri din exploatarea imobilului, după deschiderea procedurii de insolvență, în perioada de observație, debitoarea, sub supravegherea administratorului judiciar, a încheiat o serie de tranzacții, toate confirmate de către judecătorul-sindic, după cum urmează:

A. Tranzacția încheiată între debitoare și constructor, prin care părțile au stins litigiul arbitral având ca obiect pretenții reciproce. De asemenea, în baza acestui contract de tranzacție, părțile au hotărât următoarele:

a) la data semnării tranzacției se va efectua între părți operațiunea de predare, respectiv primire a imobilului, iar constructorul s-a obligat să remedieze toate deficiențele constatate între părți;

b) în vederea garantării executării remedierilor cauzate de o executare necorespunzătoare a lucrărilor, s-a stabilit ca acest constructor să predea debitoarei o *scrisoare de garanție bancară* cu valabilitate doi ani de la data semnării procesului-verbal de recepție.

B. Tranzacție încheiată între debitoare și Primărie, prin care părțile au stins litigiile ce formau obiectul a două dosare aflate pe rol. Aceste litigii aveau ca obiect pretenții ale debitoarei decurgând din eliberarea cu întârziere a unei autorizații de construire. De asemenea, în baza acestei tranzacții, Primăria s-a obligat să participe la recepția clădirii.

Judecătorul-sindic, în baza art. 20 alin. (1) lit. m) din Legea nr. 85/2006 a confirmat cele două tranzacții.

C. Tranzacția încheiată între debitoare și unul dintre creditori, prin care s-a diminuat creanța acestuia cu suma de 1.594.001 lei, reprezentând contravaloarea scrisorii de garanție bancară, în schimbul neexecutării acesteia de către debitoare, renunțându-se totodată și la judecată în litigiile aflate pe rol, precum și la orice acțiune și pretenție împotriva debitoarei. Și această tranzacție a fost confirmată de către judecătorul-sindic prin încheiere de ședință. Prin aceste tranzacții, anterioare propunerii planului, debitoarea a reușit deblocarea situației, asigurând astfel premisele efectuării recepției finale, cât și o diminuare a masei credale.

Din cauza negocierilor prelungite cu banca, dar și a necesității refinanțării în perioada reorganizării, principala tranzacție propusă prin plan de către debitoare s-a realizat prin planul de reorganizare prezentat pe larg în continuare.

3.3. Prezentarea activului debitoarei

104. Singurul activ din patrimoniul debitoarei îl constituia proiectul imobiliar, care consta în teren și clădire de birouri, finalizat la data intrării în procedură și aflat în stadiu de recepție finală.

La data confirmării planului de reorganizare, proprietarii imobilului erau banca în cotă de 47,49% și debitoarea în cotă de 52,51%.

Clădirea de birouri având suprafața construită desfășurată totală de 30.998 mp, așa cum este detaliat în tabelul de mai jos:

Suprafața construită desfășurată	Corp A	Corp B	Total (mp)
Suprateran (mp)	19.883	2.935	22.818
Subteran (mp)	3.780	4.400	8.180
Total (mp)	23.663	7.335	30.998

Conform măsurătorilor, suprafață totală închirială a construcției este de 21.922 mp.

3.4. Prezentarea pasivului debitoarei

105. La data întocmirii planului, conform tabelului definitiv cuprinzând creanțele împotriva averii debitoarei, datoriile societății erau în cuantum de 285.270.648,01 lei.

Creanțele născute după data deschiderii procedurii, respectiv în perioada de observație, și neachitate până la data planului, au fost evidențiate în fluxul de numerar, urmând a fi plătite în conformitate cu prevederile art. 64. alin (6) din Legea nr. 85/2006, excepție făcând împrumutul acordat de către asociatul unic, care urma să se achite după perioada planului de reorganizare, cu acordul acestuia, exprimat într-un document anexă la plan.

TABEL DEFINITIV AL CREAŢELOR ÎNREGISTRATE ÎN AVEREA DEBITOAREI				
Art. 123.4. Creanțele bugetare				
Nr. crt.	DENUMIRE CREDITOR	Val. creanța admisă (RON) din care:	CREANȚĂ SUB CONDIȚIE SUSPENSIVĂ FĂRĂ DREPT DE VOT	Observații
1	DGITL	918.252,56		
	Total Art. 123.4	918.252,56		
Art. 123. 7 Creanțe reprezentând credite bancare cu cheltuielile și dobânzile aferente, cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, precum și din chirii;				
Nr. crt.	DENUMIRE CREDITOR	Val. creanță admisă (RON) din care:	CREANȚĂ SUB CONDIȚIE SUSPENSIVĂ FĂRĂ DREPT DE VOT	Observații
1	BANCA	89.407.759,62	59.652.301,13	Înscrisă provizoriu conform art.73 alin. 3 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței din care suma de 59.652.301,13 lei sub condiție suspensivă
2	CREDITOR 1	39.626,97		
3	CREDITOR 2	7.096.175,58		
4	CREDITOR 3	111.456,16		
5	CREDITOR 4	187.697.377,12		

TABEL DEFINITIV AL CREAŢELOR ÎNREGISTRATE ÎN AVEREA DEBITOAREI

Total art. 123.7	284.352.395,45	59.652.301,13	
TOTAL CREAŢE	285.270.648,01	59.652.301,13	
TOTAL GENERAL	285.270.648,01		

3.5. Strategia de reorganizare şi sursele de finanţare a planului de reorganizare

3.5.1. Strategia de reorganizare şi sursele de finanţare propuse prin planul de reorganizare

106. Planul de reorganizare propus indică perspectivele de redresare şi mijloacele financiare disponibile.

Strategia de reorganizare a constat în următoarele direcţii principale:

1. continuarea activităţii curente a debitoarei, urmărind finalizarea demersurilor privind recepţia clădirii, urmând apoi să închirieze spaţiile destinate birourilor;
2. încheierea unei tranzacţii cu banca, în vederea stingerii litigiilor şi plata sumei de 17.500.000 Euro;
3. atragerea de finanţări bancare;
4. atragerea de finanţări din partea asociaţilor sau a unor investitori interesaţi;
5. conversia unei părţi din creanţa unuia dintre creditori în părţi sociale, potrivit prevederilor art. 95 alin. (6) lit. j) din Legea nr. 85/2006, cu acordul expres în scris al creditorului, de asemenea cuprins într-un document anexă la plan;
6. reeşalonarea la plată a unor creanţe după închiderea procedurii, conform dispoziţiilor art. 95 alin. (3) din Legea nr. 85/2006.

Detaliem în continuare măsurile propuse prin planul de reorganizare:

3.5.1.1. Descrierea tranzacţiei cu banca

107. Prin tranzacţia propusă prin plan, părţile au hotărât, în principal, următoarele:

1. rezoluţiunea contractului de vânzare-cumpărare precum şi a actelor subsecvente acestuia;
2. renunţarea la toate acţiunile, cererile şi pretenţiile aflate pe rolul instanţelor de judecată;
3. băncii îi vor fi restituite toate sumele acordate debitoarei în perioada 2004-2011 în baza tuturor acordurilor încheiate în legătură cu cele două contracte, precum şi o sumă suplimentară reprezentând o compensare a băncii pentru imposibilitatea acesteia de a valorifica sumele restituite pe perioada dintre momentul plăţii şi restituire, şi anume, suma totală de 17.500.000 de Euro;
4. debitoarea îşi va consolida în mod retroactiv dreptul de proprietate asupra întregii clădiri şi a terenului aferent acesteia.

3.5.1.2. Finalizarea litigiilor

108. Prin plata creanţelor, prin tranzacţiile efectuate în perioada de observaţie şi prin cea cu banca, debitoarea a deblocat situaţia creată, care a împiedicat efectuarea recep-

ției finale a clădirii. În acest fel, debitoarea și-a consolidat calitatea de proprietar exclusiv asupra întregii clădiri, ceea ce îi va permite să-și desfășoare activitatea curentă conform obiectului de activitate, aspect menit să redreseze societatea și să o reintroducă în circuitul economic.

Modalitatea de plată a creanțelor, cât și sursele din care se vor face aceste plăți a fost stabilită prin planul de reorganizare confirmat, conform celor prezentate în continuare:

3.5.1.3. Împrumutul acordat de bancă și destinația acestuia

109. Planul de reorganizare prevedea o refinanțare în procedură, respectiv banca urma să acorde debitoarei în perioada reorganizării un împrumut în cuantum de 14.875.000 Euro, garantat cu ipotecă asupra terenului și clădirii, în vederea plății a 85% din suma de 17.500.000 Euro pe care debitoarea trebuia să o achite către bancă, conform planului de reorganizare și tranzacției. Această sumă urma să fie restituită conform actelor din care rezultă.

3.5.1.4. Împrumutul acordat de asociatul unic și destinația acestuia

110. La momentul întocmirii planului, exista stabilită o strategie de atragere a unei finanțări din partea asociatului unic, având următoarea componență:

1. 2.625.000 Euro pentru plata parțială a creanței băncii;
2. costuri de finanțare;
3. dobânda pentru finanțarea acordată de bancă;
4. plata onorariului administratorului judiciar;
5. 8.165.511,27 lei pentru plata creanțelor creditorilor chirografari, cu excepția celor aferente asociatului unic (care a acceptat plata în afara procedurii) și părții rămase neconvertită în părți sociale din creanța creditorului descris mai sus;
6. alte sume necesare finalizării tranzacției, precum și, dar fără a se limita la, onorariile notariale.

Această sumă urma să fie restituită conform actelor din care rezultă, toate sumele împrumutate, respectiv datorate, fiind restituite asociatului după achitarea creditului acordat de către bancă.

3.5.1.5. Plata creanței băncii

111. Creanța care urma să achite băncii în cadrul procedurii de reorganizare era în cuantum de 17.500.000 Euro, astfel:

1. suma de 14.875.000 Euro din creditul acordat de bancă către debitoare;
2. suma de 2.625.000 Euro prevăzută a se achita din creditul acordat de asociat către debitoare.
3. suma de 17.500.000 Euro urma a se plăti la data semnării tranzacției cu banca și a documentelor de finanțare, fiind condiționată de tragerea sumei ce forma obiectul contractului de finanțare încheiat cu banca.

În ceea ce privește suma de 89.407.759,62 lei cu care banca a fost înscrisă în mod provizoriu în tabelul definitiv de creanțe, aceasta urmează să se stingă prin cererea de renunțare pe care bancă o va da la data la care urma să primească suma de 17.500.000 Euro. Un acord în acest sens a fost cuprins într-un document anexă la plan.

3.5.1.6. Plata altor creanțe

112. Aceste creanțe urmau să se achite în integralitate din sumele puse la dispoziția debitoarei de către asociat.

3.5.1.7. Plata creanței unui creditor, prin conversie în părți sociale

113. Conform dispozițiilor art. 95 alin. (6) lit. J) din Legea nr. 85/2006, capitalul social al debitorului, în valoare de 19.003.000 lei la data deschiderii procedurii, urmează a fi *majorat* prin plan cu valoarea unei părți din creanța deținută de acest creditor, respectiv cu suma de 128.451.868,33 lei.

Nouă structură a asociaților ca urmare a majorării capitalului social urma a fi următoarea:

1. asociat persoană juridică de naționalitate română, ce deține 12,89% din capitalul social al societății, respectiv 19.003.000 lei, reprezentând 12.890 părți sociale și cu un procent de participare la beneficii și pierderi de 12,89%;

2. creditor – nou asociat, o societate străină, care va deține 87,11% din capitalul social al societății, respectiv 128.451.868,33 lei, reprezentând 87.110 părți sociale și cu un procent de participare la beneficii și pierderi de 87,11%.

Urmare a majorării, capitalul social al societății va fi de 147.454.868,33 lei, împărțit în 100.000 de părți sociale, cu o valoare nominală de 1474,55 lei fiecare parte socială.

Pentru acordarea unui regim de siguranță băncii, s-a prevăzut că această operațiune de conversie a unei părți din creanță, respectiv majorarea capitalului social, va produce efecte de la data semnării tranzacției și a documentelor de finanțare încheiate cu banca, dar nu mai devreme de încasarea de către aceasta a sumei de 17.500.000 Euro.

În ceea ce privește restul creanței cu care acest creditor era înscris în tabelul definitiv de creanțe (și anume suma de 59.245.508,79 lei), s-a prevăzut că aceasta se va achita în termen de 1 an de la data închiderii procedurii (eșalonare în afara procedurii), dar nu mai devreme de restituirea către bancă a împrumutului acordat. Un acord în acest sens s-a prezentat într-un document anexă la plan.

3.6. Categorii de creanțe, tratamentul creanțelor și programul de plată al creanțelor

3.6.1. Categorii distincte de creanțe

114. Conform structurii tabelului definitiv cuprinzând creanțele împotriva averii debitoare, planul de reorganizare cuprindea două categorii de creanțe, respectiv:

1. Categoria creanțelor bugetare, prevăzută de art. 100 alin. (3) lit. c) din Legea nr. 85/2006;

2. Categoria celelalte creanțe chirografare, prevăzută de art. 100 alin. (3) lit. e) din Legea nr. 85/2006.

3.6.2. Categorii de creanțe defavorizate și nedefavorizate

1. Categoria creanțelor bugetare a fost considerată categorie nedefavorizată. Având în vedere faptul că s-a propus achitarea prin plan a întregii creanțe în termen de 30 de zile de la data confirmării de către judecătorul-sindic.

2. Categoria creanțelor chirografare a fost considerată categorie defavorizată. Prin planul de reorganizare, debitoarea a urmărit să asigure un tratament corect și echitabil al creanțelor. Astfel, nicio categorie sau nicio creanță aparținând categoriei creanțelor chirografare nu primea mai puțin decât ar fi primit în faliment și, de asemenea, nicio categorie sau nicio creanță din cadrul categoriei nu primea mai mult decât valoarea totală a creanței sale.

În conformitate cu prevederile art. 96 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, planul debitoarei a stabilit același tratament pentru fiecare creanță din cadrul categoriei distincte, cu excepția cazului în care deținătorul unei creanțe din categoria respectivă a consimțit un tratament mai puțin favorabil pentru creanța sa, și anume banca, conform acordului care a fost prezentat în anexă la plan.

3.7. Plata creanțelor deținute împotriva averii debitoarei; Programul de plată al creanțelor înscrise în tabelul definitiv

115. Potrivit dispozițiilor art. 95 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, planul de reorganizare trebuia să prevadă în mod obligatoriu programul de plată a creanțelor.

Prezentăm în continuare programul de plată a creanțelor:

CATEGORIA CREANȚE BUGETARE CONFORM ART. 100 ALIN. (3) LIT. C) DIN LEGEA NR. 85/2006				
NR. CRT.	CREDITOR	CREANȚA ACCEPTATĂ în tabel definitiv	DISTRIBUIRI SEM. I plan	% DISTRIBUIT
1	DGITL	918.252,56	918.252,56	100
	TOTAL CATEGORIE	918.252,56	918.252,56	100

CATEGORIA CELELALTE CREANȚE CHIROGRAFARE CONFORM ART. 100 ALIN. (3) LIT. E) DIN LEGEA NR. 85/2006				
NR. CRT.	CREDITOR	CREANȚA ACCEPTATĂ	DISTRIBUIRI SEM. I plan	% DISTRIBUIT
1	BANCA	89.407.759,62		100
2	CREDITOR 1	39.626,97	39.626,97	100
3	CREDITOR 2 (ASOCIAT UNIC)	7.096.175,58	7.096.175,58	100
6	CREDITOR 3	111.456,16	111.456,16	100
5	CREDITOR 4	187.697.377,12	128.451.868,33	100 (68,43 CONVERSIE PARTICIPĂȚII SOCIETARE, DIFERENȚĂ ÎN AFARA PLANULUI)**
	TOTAL CATEGORIE	284.352.395,45	135.699.127,04	
	TOTAL GENERAL	285.270.648,01	136.617.379,60	

** diferențele față de sumele înscrise în tabelul de creanțe constau în diferența de plată față de suma de 17.500.000 Euro la care banca renunța, conform acordului scris, și suma de 59.245.508,80 reprezentând accesorii, inclusiv parte din creanță care se va achita după închiderea procedurii, conform acordului scris prezentat în anexă la plan.

S-a luat în considerare un curs mediu al Euro de 4,37 lei.

Prin programul de plăți, debitoarea și-a asumat achitarea creanțelor astfel:

1. Creanțele bugetare:

DGITL Sector 1 București – în proporție de 100% din împrumuturi acordate de către asociat, în termen de 30 de zile de la confirmarea planului;

2. Categoria creditorilor chirografari astfel:

BANCA	Creanța înscrisă provizoriu în tabelul definitiv se va stinge prin renunțare la data și în condițiile prezentate mai sus. Suma de 17.500.000 Euro se va plăti conform tranzacției și se va achita la data și în condițiile prezentate prin plan.
CREDITOR 1	În proporție de 100%, din împrumuturi acordate de către asociat.
CREDITOR 2 (ASOCIAT)	În proporție de 100% prin împrumuturi acordate de către asociat (se va stinge prin compensare).
CREDITOR 4	În proporție de 68,43% prin conversia unei părți din creanța în părți sociale, devenind asociat al debitoarei. Restul de creanță se va stinge după închiderea procedurii la data și în condițiile prezentate prin plan.
CREDITOR 3	În proporție de 100%, din împrumuturi acordate de către asociat.

3.8. Plata remunerației administratorului judiciar

116. Plata onorariului administratorului judiciar a fost prevăzută în cash-flow-ul anexat la plan.

3.9. Durata planului de reorganizare

Durata planului de reorganizare este de 4 luni.

3.10. Comparație între sumele prevăzute a se plăti creditorilor prin planul de reorganizare și valoarea estimativă ce ar putea fi primită de aceștia în caz de faliment

117. În cazul în care împotriva debitoarei s-ar fi deschis procedura falimentului, activele urmau să fie valorificate în cadrul procedurii de lichidare.

Potrivit prevederilor art. 95 alin. (5) lit. d) din Legea nr. 85/2006, planul de reorganizare trebuia să prevadă „ce despăgubiri urmează a fi oferite titularilor tuturor categoriilor de creanțe, în comparație cu valoarea estimativă ce ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment”.

În acest sens, conform rapoartelor de evaluare întocmite de o societate specializată, membru A.N.E.V.A.R., în cazul încetării activității singurul activ din patrimoniu avea valoarea de lichidare de 39.404.800 Euro. Raportat la cursul Euro de la data evaluării, valoarea în lei a activului era de 174.043.121 lei.

Întrucât, astfel cum a fost prezentat mai sus, între bancă și debitoare, pe rolul unui instanțe de judecată existau două dosare conexe în care banca solicita „obligarea debitoare la predarea proprietății, potrivit obligației născute din contractul de vânzare-cumpărare”, iar debitoarea solicita „să se constate/să se dispună rezoluțiunea contractului de vânzare-cumpărare astfel cum acesta a fost modificat prin actele adiționale încheiate între debitoare și bancă”, analiza s-a făcut în două ipoteze, în funcție de soluția care se putea da în dosarul sus-menționat, respectiv:

Creanța băncii care ar trebui achitată în cadrul procedurii de faliment, ținând seama de îndeplinirea *condiției suspensive*, era:

– în cazul unei soluții favorabile băncii – creanța acesteia care urma să fie plătită în caz de faliment era de 29.755.458,49 lei, iar valoarea de lichidare a imobilului care se va lua în calcul este de 104.425.873 lei (60% din preț, pentru că 40% din clădire se va atribui Băncii).

– în cazul unei soluții în defavoarea băncii – creanța acesteia care urma să fie plătită în caz de faliment era de 89.407.759,62 lei, iar valoarea la care s-ar fi vândut clădirea era de 174.043.121 lei.

Datoriile societății, estimate în cadrul unei distribuiri de sume în faliment, au fost sintetizate astfel:

Datorii, din care:		Datorii născute pe perioada de observație neachitate la data întocmirii planului	Datorii conform tabel definitiv la data întocmirii planului
Rang	Total lei	Total lei	Lei
Art. 123.1 - Onorariu lichidator judiciar și taxă UNPIR	Variabil în funcție de valoarea activului		
Art. 123.3 - cheltuieli acumulate în procedură	2.500.000,00	2.500.000,00	
Art. 123.4 - creanțe bugetare	918.252,56		918.252,56
Cf. art. Art. 123 pct 7 - creanțe chirografare	285.270.648,01		285.270.648,01

În cuantumul datoriilor născute în timpul procedurii s-au avut în vedere, în ipoteza falimentului, următoarele:

- taxa 2% U.N.P.I.R., conform prevederilor legale;
- împrumutul acordat de asociatul unic al debitoare pentru susținerea cheltuielilor de procedură care, la data întocmirii planului, era de 1.934.600 lei;
- suma datorată ENEL care forma obiectul unei înțelegeri de reeșalonare, în cuantumul de 163.024,44 lei;
- alte cheltuieli estimate a se acumula până la vinderea imobilului în cazul falimentului în cuantumul de 402.376 lei;

Ipoteza nr. 1 – soluționarea în defavoarea băncii a litigiului din dosarele aflate pe rolul unei instanțe de judecată:

Valoarea estimată a se încasa în caz de faliment, în cuantum de 174.043.121 lei s-ar fi distribuit astfel:

Rang	Total creanțe acumulate în faliment	Estimare sume ce s-ar achita către creditori în cazul falimentului		Suma ce se achită prin plan către creditori	
		Lei	%	Lei	%
Art. 123 pct. 1 – onorariu admin. jud. și taxă UNPIR	12.183.019,00	12.183.019,00			
Art. 123 alin. (1) pct. 3 cheltuieli acumulate în timpul procedurii	2.500.000,00	2.500.000,00			
Art. 123 alin. (1) pct. 4	918.252,56	918.252,56	100	918.252,56	100,00
Art. 123 alin. (1) pct. 7	284.352.395,45	158.441.849,44	56%	212.174.127,04	**100,00%
Total lei	299.953.667,01	174.055.127,07		213.092.379,6	

**diferențele față de sumele înscrise în tabelul de creanțe constau în diferența de plată față de suma de 17.500.000 Euro la care banca renunța conform acordului scris și suma de 59.245.508,80 reprezentând accesorii, cât și diferența din creanța care se va achita după închiderea procedurii conform acordului scris prezentat într-un document anexă la plan.

S-a luat în considerare un curs mediu al Euro de 4,37 lei.

Ipoteza nr. 2 – soluționarea în favoarea băncii a litigiului:

Valoarea estimată a se încasa în caz de faliment, în cuantum de 104.425.873 lei (60% din preț, pentru că 40% din clădire se va atribui băncii), s-ar fi distribuit astfel:

Rang	Total creanțe acumulate în faliment	Estimare sume ce s-ar achita către creditori în cazul falimentului		Suma ce se achită prin plan către creditori	
		Lei	%	Lei	%
Art. 123 pct. 1 – on admin. jud. și taxă UNPIR	7.309.811,11	7.309.811,11			
Art. 123 alin. (1) pct. 3 cheltuieli acumulate în timpul procedurii	2.500.000,00	2.500.000,00			
Art. 123 alin. (1) pct. 4	918.252,56	918.252,56	100	918.252,56	100,00
Art. 123 alin. (1) pct. 7	224.700.094,33	93.697.809,33	41,7%	212.174.127,04	**100,00%
Total lei	235.428.158,00	104.425.873			

** diferențele față de sumele înscrise în tabelul de creanțe constau în diferența de plată față de suma de 17.500.000 Euro la care banca renunța, conform acordului scris, și suma de 59.245.508,80 reprezentând accesorii, inclusiv parte din creanță care se va achita după încheierea procedurii, conform acordului scris prezentat în anexă la plan.

S-a luat în considerare un curs mediu al Euro de 4,37 lei.

Așa cum reiese din tabelul de mai sus, în cazul reorganizării judiciare creditorii ar fi primit mai mult decât în faliment, respectiv și creditorii chirografari urmau a fi îndestulați în proporție de 100%.

3.11. Descărcarea de răspundere și obligații a debitoarei

118. Potrivit prevederilor art. 137 alin. (2) din Legea nr. 85/2006: „la data confirmării unui plan de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan”.

În conformitate cu dispozițiile mai sus, debitoarea era descărcată de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan, la data confirmării planului, cu excepția sumelor prevăzute a se plăti după perioada de reorganizare conform art. 95 alin. (3) din Legea nr. 85/2006.

Creanțele ce urmau a se naște pe parcursul implementării planului de reorganizare se achitau în conformitate cu documentele din care acestea rezultă, potrivit prevederilor art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006.

3.12. Modalitatea de implementare a planului de reorganizare; încheierea procedurii

119. Procedura prevăzută în planul de reorganizare s-a desfășurat conform următorului program:

1. s-au semnat documentele relevante cu banca în termen de 10 zile de la confirmarea planului de reorganizare;

2. în același termen s-a semnat și convenția cu acel creditor a cărui creanță era parțial convertită, iar termenul de plată al restului de creanță, în cuantum de 59.245.508,79 lei s-a stabilit la un an de la încheierea procedurii, dar nu mai devreme de restituirea către bancă a împrumutului acordat;

3. s-a întocmit și prezentat tranzacția împreună cu angajamentul privind plata TVA și ipotecă de rang subsecvent în garantarea acestuia din urmă pentru confirmarea judecătorului-sindic;

4. s-au efectuat plățile către bancă și creditorii în termen de 30 de zile de la data confirmării planului de reorganizare;

5. la data semnării actelor cu banca (inclusiv plata sumei de 17.500.000 Euro) s-a realizat și conversia creanței creditorului în părți sociale;

6. s-a prezentat tranzacția la instanțele de judecată pe rolul cărora existau litigii între bancă și debitoare în vederea renunțării la judecată.

Toate aceste operațiuni s-au finalizat într-un termen total de 4 luni, iar procedura reorganizării judiciare s-a încheiat în urma constatării respectării planului, cu *reinserția debitorului* în circuitul economic, în mai puțin de 1 an de la data introducerii cererii.

CAPITOLUL XII. FALIMENTUL ȘI LICHIDAREA

Secțiunea 1. Falimentul

§1. Preliminarii

1. Procedura falimentului nu este o creație a legislației moderne, ci este rezultatul unei evoluții istorice, începând cu dreptul roman, continuând cu statutele orașelor italiene sau cu ordonanțele franceze^[1], evoluție care continuă și astăzi. La origine, în dreptul roman, creditorul avea la dispoziție procedura acțiunilor legii, și anume aceea a *actio per manus injectionem*, prin care îl ducea pe debitor în închisoare, ținându-l în lanțuri, având posibilitatea de a-l vinde ca sclav sau chiar să-l omoare, dacă nu intervenea o terță persoană, care să plătească în locul debitorului^[2]. De asemenea, nu se făcea nicio distincție între debitorul comerciant sau necomerciant. Ulterior, în perioada evului mediu, juriștii italieni au încercat să pună bazele unui sistem de apărare a creditorilor în contra celor insolvari, adaptând și rafinând astfel procedurile romane. În acea epocă s-au născut caracterele de colectivitate și egalitate a creditorilor față de un debitor care nu poate face față plăților. Codul de comerț francez de la 1807, care a avut meritul de a fi prima codificare în acest sens, având un puternic impact asupra tuturor celorlalte legislații, limita aplicarea procedurii falimentului doar la comercianți^[3].

Prin Codul de comerț român de la 1887, falimentul era reglementat în Cartea a III-a, care a creat și consolidat în timp „*organizarea juridică a apărării în comun a creditorilor față de un debitor în încetare de plăți*”^[4]. Lichidarea activelor se făcea de către Sindicul magistrat. Descriind natura specială a acestei proceduri, văzută ca o procedură de executare silită concursuală, în doctrină s-a susținut totuși și caracterul de remediu al acesteia, astfel: „Aceasta nu înseamnă totuși, câtuși de puțin, că odată începută lichidarea, s-ar putea proceda dintr-o dată la transformarea în bani a tuturor bunurilor falitului. Dimpotrivă, Codul rânduieste ca vânzările silite concursuale să se facă numai după situațiunea generală a falimentului, adică pe măsura necesităților de satisfacție ale creditorilor și în proporție cu suficiența activului; deoarece, execuțiunea forțată falimentară *nu este o procedură de distrugere* (s.n), ci numai de satisfacția creditorilor din masă. Sindicul magistrat este un agent de execuțiune silită al Tribunalului, care procede la actele de executare supt privegherea instanței de faliment, armonizând interesele generale ale creditului, nu numai cu acelea comune ori particulare ale creditorilor, dar și cu acelea ale falitului însuși, întrucât *nici dânsul nu trebuiește nimicit în funcțiunea sa socială* (s.n)”^[5].

[1] A se vedea, în acest sens, Titlul XI din Ordonnance du commerce, 1673, în I.N. Fișescu, *Curs de Drept comercial*, vol. III, Falimentul, editat de Al.T. Doicescu, 1930, p. 7.

[2] I.N. Fișescu, *op. cit.*, p. 4.

[3] Pentru o expunere mai largă în materie de faliment, a se vedea Partea introductivă a Tratatului, *supra* Capitolul I

[4] I.N. Fișescu, *op. cit.*, p. 10.

[5] M. Pașcanu, *Dreptul falimentar român, cu legislația teritoriilor alipite*, Ed. Cugetarea, 1926, p. 453-454.

Deși atribuțiile și rolul participanților în cadrul procedurii de faliment s-au schimbat radical în prezent, totuși caracterul echilibrat, ponderat și just al acestor rațiuni economice și juridice credem că își păstrează actualitatea și astăzi. Atât sub imperiul Legii nr. 64/1995, cât și, ulterior, al Legii nr. 85/2006, precum și, în final, al Codului insolvenței sunt reglementate distinct atât procedura reorganizării judiciare, cât și procedura falimentului.

1.1. Noțiunea de faliment

2. Din punct de vedere etimologic, noțiunea de faliment își are originea în limba latină, provenind din verbul latin „*fallo-fallare*” însemnând „*a lipsi*”, „*a scăpa*” – în sensul că debitorul lipsește, adică nu-și îndeplinește obligația de a plăti creditorii săi – dar, având, totodată, și sensul „*de a înșela*” („*fallo spem*” – *a înșela speranța*). Din chiar analiza lexicologică a noțiunii reiese că aceasta comportă cel puțin două sensuri: pe de-o parte, acela de *faliment*, *încetare de plăți*, ce impune procedura aferentă, iar, pe de altă parte, *greșeală*, *eroare* sau chiar *înșelăciune* atunci când se poate reține elementul intențional al debitorului.

Persoana falitului era cunoscută sub denumirea „*decoctor*” sau „*decoctio*” – om ruiat, cel care și-a mâncat averea, sau „*defraudator*”, în timp ce în epoca modernă era utilizată denumirea de „*fallitor*” care înșela creditorii sau „*fallitus*” care se înșela și pe el^[1].

Dreptul românesc interbelic păstra încă elementul de „descalificare” sau „nota infamantă a falimentelor”. Era semnalată atunci chiar o evoluție benefică a tratamentului falitiților, pentru că nu mai funcționau constrângerile corporale, însă în Franța era încă activă sancțiunea „*le bonnet vert*”, care trebuia purtată de falit ca semn de umilință dezonorantă.

Evoluția instituției falimentului și cristalizarea acesteia a presupus, în timp, și o diversitate a denumirilor folosite. Astfel, de la noțiuni precum *falit*, *decoctor*, *defraudator*, *bancrutier*, *mofluz* care atrăgeau și un statut social degradant și infamant pentru persoana vizată, s-a ajuns în legislația modernă din majoritatea statelor europene, la utilizarea denumirii de *debitor*, folosită și de către legiuitorul român (art. 5 pct. 26: „debitorul este persoana fizică sau juridică care poate fi subiect al unei proceduri prevăzute de prezenta lege”). Mai mult, legislația modernă distinge diverse tipuri de proceduri în funcție de gravitatea situației debitorului, distincție care se reflectă și în plan terminologic: reorganizare, lichidare judiciară, faliment.

Trebuie remarcat că *Dicționarul de drept internațional al afacerilor*^[2] definește falimentul ca fiind „o procedură de executare silită având caracter unitar, colectiv, concursal și egalitar, care vizează bunurile *debitorului comun*, al *falitului* care a încetat plata datoriilor comerciale, având ca scop satisfacerea creanțelor tuturor creditorilor”.

1.2. Definiție

3. Prin dispozițiile art. 5 pct. 45 din Codul insolvenței, legiuitorul a definit *procedura falimentului* ca fiind procedura de insolvență concursală, colectivă și egalitară care se aplică debitorului în vederea lichidării averii acestuia pentru acoperirea pasivului, fiind urmată de radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

^[1] M. Pașcanu, op. cit., p. 12-13.

^[2] M.N. Costin, Dicționar de drept internațional al afacerilor, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 78.

Alături de această definiție, legiuitorul a înțeles să explice și o serie de alte noțiuni incidente în această materie. Astfel, prin pct. 46 din art. 5 al Codului, aflăm că *procedura generală* reprezintă procedura prevăzută de prezenta lege, prin care un debitor care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (1), fără a le îndeplini simultan și pe cele de la art. 38 alin. (2), intră, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în procedura falimentului sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori doar în procedura falimentului. Altfel spus, dacă debitorul aflat în stare de insolvență sau de insolvență iminentă, este un *profesionist*, astfel cum acesta este definit de art. 3 alin. (2) C. civ., cu excepția celor care exercită profesii liberale precum și a celor cărora li se aplică dispoziții speciale privind regimul insolvenței sau dacă debitorul este o regie autonomă, precum și în situația în care nu se poate dovedi că acesta nu deține niciun bun în patrimoniul său, că actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite, administratorul nu poate fi găsit, sediul social sau profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului, a fost dizolvat voluntar, judiciar sau de drept anterior formulării cererii introductive chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau deși numit, mențiunea referitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului, și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment, *intră*, după perioada de observație, succesiv, în procedura de reorganizare judiciară și în *procedura falimentului* sau, separat, numai în reorganizare judiciară ori *doar în procedura falimentului*.

Procedura simplificată reprezintă – potrivit art. 5 pct. 47 din Codul insolvenței, procedura de insolvență prevăzută de prezenta lege, prin care debitorul care îndeplinește condițiile prevăzute la art. 38 alin. (2) intră direct în procedura falimentului, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 20 de zile, perioadă în care vor fi analizate elementele prevăzute de art. 38 alin. (2), lit. c) și d).

Prin urmare, pentru debitorul aflat în stare de insolvență care este fie profesionist persoană fizică supus obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale, fie o întreprindere familială sau membru într-o astfel de întreprindere, fie debitor care nu deține niciun bun în patrimoniul său, actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite, administratorul nu poate fi găsit, sediul social sau profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului, sau este persoană juridică dizolvată voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau deși numit, mențiunea referitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului, și-a declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment fie este o persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate, va fi supus unei *proceduri simplificate de insolvență*, fie odată cu deschiderea procedurii insolvenței, fie după o perioadă de observație de maximum 20 de zile.

1.3. Caracterele juridice ale falimentului

4. Din definiția dată procedurii falimentului pot fi desprinse *caracterele sale juridice*:

1. *colectiv și concursal* – falimentul urmărește satisfacerea creanțelor tuturor creditorilor;

2. *egalitar* – procedura vizează satisfacerea tuturor creditorilor în același timp și proporțional cu mărimea creanțelor deținute în aceeași categorie;

3. *general* – se referă la urmărirea tuturor bunurilor aflate în patrimoniul debitorului falit, atât cele existente la data declarării falimentului, cât și cele ieșite în mod fraudulos și readuse în patrimoniu;

4. *profesional* – întrucât se aplică numai profesioniștilor;

5. *judiciar* – deoarece întreaga procedură se desfășoară sub controlul direct și imediat al tribunalului prin judecătorul-sindic;

6. *executoriu* – scopul urmărit este satisfacerea creditorilor prin intermediul forței coercitive a statului.

§2. Cazurile de aplicare a procedurii falimentului

2.1. Enumerarea cazurilor

5. Legiuitorul a stabilit, prin dispozițiile art. 145 alin. (1) lit. A-E, precum și prin cele ale art. 75 alin. (4) și art. 143 alin. (3) din Codul insolvenței, că *falimentul debitorului* poate interveni în următoarele situații:

1. debitorul și-a declarat intenția de a intra în procedură simplificată;

2. debitorul nu și-a declarat intenția de reorganizare;

3. niciunul dintre celelalte subiecte de drept îndreptățite nu a propus un plan de reorganizare conform art. 132 sau niciunul dintre planurile propuse nu a fost acceptat și confirmat;

4. debitorul și-a declarat intenția de reorganizare, dar nu a propus un plan de reorganizare ori planul propus de acesta nu a fost acceptat și confirmat;

5. obligațiile de plată și celelalte sarcini asumate nu sunt îndeplinite în condițiile stipulate prin planul confirmat sau desfășurarea activității debitorului în decursul reorganizării aduce pierderi averii sale;

6. a fost aprobat raportul administratorului judiciar prin care se propune, după caz, intrarea debitorului în faliment, potrivit art. 92 alin. (5) sau art. 97 alin. (3).

7. dacă după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau de reorganizare, debitorul acumulează noi datorii, la cererea titularilor acestor creanțe (certe, lichide și exigibile, al căror quantum depășește valoare prag, recunoscute de către administratorul judiciar sau stabilite printr-o hotărâre judecătorească), în condițiile prevăzute de art. 75 alin. (4) și art. 143 alin. (3).

Trebuie remarcat că legiuitorul a înțeles, prin acest ultim caz, să reglementeze o nouă ipoteză de deschidere a procedurii falimentului – *cererile de plată formulate de creditorii curenți ai debitorului*. Aceste cereri au fost insuficient reglementate sub imperiul Legii nr. 85/2006 deși aveau un rol esențial în practică, existența lor fiind în măsură cel puțin să atragă atenția în privința viabilității economice a debitorului. Titularii unor astfel de creanțe nu puteau avea un grad rezonabil de previzibilitate în privința îndeplinirii lor întrucât nu erau *creditori îndreptățiți în procedură* iar funcționalitatea art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 nu era dovedită.

Întrucât este de esența oricărei proceduri de insolvență care se dorește o reorganizare de succes ca *orice creanță curentă să fie achitată la scadență*, fără eşalonări sau reduceri ca în cazul obligațiilor anterioare deschiderii procedurii, a fost adoptat art. 75 alin. (4) din cod, prin intermediul căruia cererile de plată ale creditorilor curenți tind

să devină o instituție juridică distinctă, guvernată de o serie de reguli. Astfel, (i) aceste cereri pot fi formulate oricând, atât în perioada de observație, cât și în perioada de reorganizare, (ii) cererile sunt verificate de către administratorul judiciar și validate, în caz de contestație, de către judecătorul-sindic și (iii) pot determina intrarea în faliment dacă valoarea lor depășește valoarea prag și nu sunt achitate în termen de 60 de zile de la recunoașterea lor sau de la hotărârea judecătorului-sindic, după caz.

Reglementarea cererilor de plată își găsește justificarea și în situația unui plan de reorganizare confirmat, în condițiile art. 143 alin. (3). Conform acestor dispoziții legale, titularul unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile mai vechi de 60 de zile și în cuantum peste valoarea-prag, poate solicita oricând în timpul planului de reorganizare sau după îndeplinirea obligațiilor de plată asumate în plan, trecerea la faliment.

Această reglementare a avut în vedere situația premisă generată de îndeplinirea în totalitate a obligațiilor asumate prin programul de plăți dintr-un plan de reorganizare, însă, fără achitarea, în tot sau în parte, a creanțelor curente.

Întrucât redactarea dispozițiilor art. 132 alin. (1) din Lege nr. 85/2006 putea conduce la interpretări conform cărora închiderea procedurii de reorganizare avea loc strict la momentul la care creanțele anterioare, menționate în programul de plăți au fost achitate, indiferent de situația creanțelor curente, fraza finală a art. 143 alin. (3) din cod vine să corecteze o posibilă astfel de interpretare, subliniind o dată în plus că este necesară și achitarea datoriilor curente. Era firesc să fie așa, întrucât nu este posibil ca debitorul, subiect al unei reorganizări de succes, să fie reinserat în circuitul economic sub povara unor noi datorii consistente, acumulate în chiar perioada reorganizării.

Este de remarcat faptul că legiuitorul Codului insolvenței a optat pentru eliminarea unei situații care putea duce, în anumite condiții, la deschiderea procedurii falimentului, prin nepreluarea ultimei teze din cadrul art. 107 alin. (1) lit. A.b) din Legea nr. 85/2006 – „debitorul (...) a contestat că ar fi în stare de insolvență, iar contestația a fost respinsă de judecătorul-sindic”. Eliminarea acestei sancțiuni aplicate debitorului a avut drept rațiune dorința de a nu îngrădi șansa la reorganizare a unui debitor viabil din punct de vedere economic. Era cunoscut faptul că, în sistemul Legii nr. 85/2006, una dintre cele mai dificile decizii de luat în momentul stabilirii strategiei în apărarea debitorului, era dacă se asuma sau nu riscul falimentului la data deschiderii procedurii, pentru cazul respingerii contestației. Cu alte cuvinte, deși practica judiciară a conturat, de-a lungul timpului, soluții și interpretări obiective în privința existenței sau nu a stării de insolvență, exista totuși posibilitatea deschiderii procedurii de insolvență, la cererea creditorului, situație în care debitorul, dacă ar fi contestat starea de insolvență, iar această contestație ar fi fost respinsă nu putea să mai formuleze, să depună și să susțină un plan propriu de reorganizare. Tocmai de aceea s-a considerat că, raportat la contextul economic actual și în noua viziune a scopului legii („acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia” – art. 2 din Codul insolvenței), sancțiunea ar fi excesivă, motiv pentru care a fost eliminată.

Așadar, în funcție de situația concretă a debitorului, vom putea vorbi despre:

- faliment în procedură simplificată fără perioadă de observație;
- faliment în procedură simplificată cu perioadă de observație;
- faliment în procedură generală neurmată de acceptarea sau confirmarea unui plan de reorganizare;
- faliment urmare a eșuării planului de reorganizare;

– faliment urmare a neplății în termen de 60 de zile a unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile, verificate de administratorul judiciar și necontestate sau, în ipoteza contestării, ca efect al respingerii acesteia de către judecătorul-sindic. Această situație devine incidentă atât în situația în care debitorul se află în procedura de observație – art. 75 alin. (4), cât și în situația unui plan de reorganizare confirmat – art. 143 alin. (4).

2.1.1. Falimentul în procedură simplificată fără perioadă de observație

6. Prealabil prezentării acestei proceduri de faliment, se impun unele precizări referitoare la perioada de observație. Astfel, potrivit art. 5 pct. 42 din Codul insolvenței, *perioada de observație* este perioada cuprinsă între data deschiderii procedurii insolvenței și data confirmării planului de reorganizare sau, după caz, a intrării în faliment, perioadă care nu poate fi mai mare de 12 luni.

Se poate observa că, pentru prima dată, legiuitorul român a înțeles să reglementeze întinderea în timp a acestei perioade care este foarte importantă în procedura de insolvență. Mai mult, gestionarea corectă și în limite de timp rezonabile – nu mai mult de 12 luni – a acestei perioade va asigura realizarea în termenul stabilit a planului de reorganizare.

Ne vom afla într-un *faliment în procedură simplificată fără perioadă de observație* – conform art. 71 alin. (1) din cod – atunci când, în cadrul procedurii de insolvență deschisă la cererea debitorului, acesta, *prin declarația făcută conform art. 67 alin. (1) lit. g) își arată intenția de a intra în procedura simplificată sau se încadrează în una dintre categoriile prevăzute de art. 38 alin. (2).*

Altfel spus, vom putea discuta despre o procedură de faliment, în formă simplificată, fără o prealabilă perioadă de observație dacă, în procedura deschisă la cererea debitorului acesta solicită, prin chiar cererea formulată, adresată judecătorului-sindic, intrarea în procedură de faliment în formă simplificată.

De asemenea, ne vom afla într-o procedură de faliment în formă simplificată, fără perioadă de observație dacă discutăm despre un debitor aflat în insolvență și care este:

– debitor care face parte din categoriile prevăzute la art. 38 alin. (1) din Codul insolvenței și îndeplinește una dintre următoarele condiții:

1. nu deține niciun bun în patrimoniul său;
2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;
3. administratorul nu poate fi găsit;
4. sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;

– persoană juridică dizolvată voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive, chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului;

– orice persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate;

7. Situația este similară și pentru procedurile de insolvență deschise la cererea creditorilor.

În ceea ce privește lipsa de corespondență dintre sediul social, astfel cum rezultă din informațiile de la Oficiul Registrului Comerțului, și sediul social al debitorului,

jurisprudența^[1] a stabilit că astfel de verificări trebuie efectuate cu maximă diligență de către judecătorul-sindic, în caz contrar hotărârea privind deschiderea procedurii fiind casabilă, în temeiul dispozițiilor art. 312 alin. (5) C. proc. civ.

Potrivit art. 92 alin. (1) și (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 54 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006], administratorul judiciar va întocmi și va supune judecătorului-sindic, în termenul stabilit de acesta, care nu va putea depăși 20 de zile de la desemnarea sa, un raport prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație din procedura generală; raportul va indica dacă debitorul se încadrează în criteriile aferente aplicării procedurii simplificate, caz în care va cuprinde documentele doveditoare și propunerea de intrare în faliment în procedura simplificată.

Jurisprudența^[2] a stabilit faptul că, atâta timp cât prin raportul întocmit în conformitate cu dispozițiile legale enunțate anterior, administratorul judiciar al debitoarei a menționat că administratorul statutar nu a depus la dosar actele prevăzute de art. 28 din Legea nr. 85/2006 și că încercările de a-l găsi pe administratorul statutar nu au dat rezultate, iar la sediul social nu a fost găsit niciun reprezentant al debitoarei, propunerea de intrare în faliment în procedură simplificată a fost în mod corect încuviințată de judecătorul-sindic, care a dispus intrarea debitoarei în procedură simplificată și începerea procedurii de faliment.

2.1.2. Falimentul în procedură simplificată cu perioadă de observație

8. Vom aplica o procedură de faliment în formă simplificată cu perioadă de observație pentru:

- a) profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale;
- b) întreprinderi familiale, membrii întreprinderii familiale;

^[1] Demersul judiciar al creditorilor V.L. IFN SA și SC V.B. SRL vizează deschiderea procedurii generale de insolvență a debitoarei SC RVC SRL în scopul acoperirii pasivului acestora în sumă de 14.163,36 lei, apreciind că dețin împotriva debitoarei o creanță certă, lichidă și exigibilă care depășește valoarea prag, iar aceasta este în încetare de plăți. Probele administrate în cauză relevă împrejurarea că judecătorul-sindic, la termenul fixat pentru analizarea cererii creditorilor, a apreciat că în speță sunt îndeplinite cerințele de admisibilitate a unei astfel de cereri și, întrucât sediul debitoarei nu corespunde adresei din registrul comerțului a dispus deschiderea procedurii insolvenței în forma simplificată reținând că potrivit mențiunilor existente pe dovada de îndeplinire a procedurii de citare, ultimul apartament al imobilului are numărul 90. Potrivit art. 1 alin. (2) lit. c) pct. 4 din Legea nr. 85/2006, procedura simplificată prevăzută de lege se aplică debitorilor aflați în insolvență dacă sediul nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului. În speță se poate observa că ipoteza normei legale instituită de legiuitor prin dispoziția legală enunțată nu este întrunită. Astfel, din adeverința eliberată de către Registrul comerțului Cluj rezultă că debitoarea SC RVC SRL își are sediul în Cluj-Napoca, str. A. Vlaicu, nr. 2, ap. 91 B1, iar asociatul și administratorul unic al acesteia locuiește la aceeași adresă. Extrasul de carte funciară depus în probațiune evidențiază faptul că în Cluj-Napoca, pe str. A. Vlaicu, la nr. 2, în blocul B1 există ap. 91. Se poate conchide astfel că judecătorul-sindic a reținut greșit împrejurarea că sediul debitoarei nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului întrucât probele administrate evidențiază contrariul. În consecință, se poate conchide că instanța de fond a pronunțat o soluție nelegală întrucât a soluționat procesul fără a cerceta fondul cauzei, motiv pentru care, Curtea, constatând incidența dispozițiilor art. 312 alin. (5) C. proc. civ. a admis recursul declarat, a casat hotărârea recurată a dispus trimiterea cauzei spre rejudecare aceleiași instanțe, respectiv Tribunalul Comercial Cluj reținând incidența prevederilor art. 315 alin. (1) și (3) din același act normativ (C.A. Cluj, dec. nr. 2534 din 27 octombrie 2009, nepublicată).

^[2] „Așadar, analizând probele administrate în cauză, că ipoteza normei legale instituită de legiuitor prin art. 54 și 107 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 este întrunită și ca atare în mod corect judecătorul-sindic a încuviințat propunerea administratorului judiciar și a dispus intrarea debitoarei în procedură simplificată și începerea procedurii falimentului” (C.A. Cluj, dec. nr. 1392 din 14 aprilie 2009, nepublicată).

c) debitori care fac parte din categoriile prevăzute la art. 38 alin. (1) și nu s-a dovedit că:

1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor;
2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;
3. administratorul nu poate fi găsit;
4. sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului, ne vom afla într-o procedură de *faliment în procedură simplificată cu perioadă de observație*.

De asemenea, ne vom afla într-o *procedură de faliment din procedură de observație* și în ipoteza în care se formulează și se admite o cerere pentru trecerea la faliment de către titularul unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile pentru mai mult de 60 de zile și al cărei quantum este mai mare decât valoarea prag, recunoscută de către judecătorul-sindic; această cerere poate fi formulată, potrivit dispozițiilor art. 75 alin. (4) din Codul insolvenței, oricând în perioada de observație.

Potrivit art. 92 alin. (1) și (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 54 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006], administratorul judiciar va întocmi și va supune judecătorului-sindic, în termenul stabilit de acesta, care nu va putea depăși 20 de zile de la desemnarea sa, un raport prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie continuarea perioadei de observație din procedura generală; raportul va indica dacă debitorul se încadrează în criteriile aferente aplicării procedurii simplificate, caz în care va cuprinde documentele doveditoare și propunerea de intrare în faliment în procedura simplificată.

Jurisprudența^[1] a stabilit faptul că, atâta timp cât prin raportul întocmit în conformitate cu dispozițiile legale enunțate anterior, administratorul judiciar al debitoarei a menționat că administratorul statutar nu a depus la dosar actele prevăzute de art. 28 din Legea nr. 85/2006 și că încercările de a-l găsi pe administratorul statutar nu au dat rezultate, iar la sediul social nu a fost găsit niciun reprezentant al debitoarei, propunerea de intrare în faliment în procedură simplificată a fost în mod corect încuviințată de judecătorul-sindic, care a dispus intrarea debitoarei în procedură simplificată și începerea procedurii de faliment.

2.1.3. Falimentul în procedura generală neurnmată de acceptarea sau confirmarea unui plan de reorganizare

9. Cât privește o *procedură de faliment în procedură generală neurnmată de acceptarea sau confirmarea unui plan de reorganizare*, se poate susține că ne aflăm în această ipoteză atunci când debitoarea și-a manifestat intenția de reorganizare și a propus în termenul prevăzut un plan de reorganizare sau persoanele îndreptățite au propus un astfel de plan respectând prevederile art. 132 din cod, însă acesta nu este acceptat sau confirmat. Altfel spus, dacă la data la care este convocată adunarea creditorilor pentru votarea planului, potrivit art. 137 din cod, planul propus nu este validat de către creditorii cu drept de vot după distincțiile prevăzute de art. 139 sau dacă, la data fixată, judecătorul-sindic nu va confirma planul acceptat și votat de către creditorii, se va dispune intrarea în faliment.

^[1] „Așadar, analizând probele administrate în cauză, că ipoteza normei legale instituită de legiuitor prin art. 54 și 107 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 este întrunită și ca atare în mod corect judecătorul-sindic a încuviințat propunerea administratorului judiciar și a dispus intrarea debitoarei în procedură simplificată și începerea procedurii falimentului” (C.A. Cluj, dec. nr. 1392 din 14 aprilie 2009, nepublicată).

2.1.4. Falimentul ca urmare a eșuării planului de reorganizare

10. Cât privește, însă, *procedura de faliment deschisă ca urmare a nerealizării planului de reorganizare*, potrivit art. 143 alin. (1) din cod, aceasta va începe atunci când debitorul nu se conformează planului sau desfășurarea activității sale aduce pierderi, precum și dacă se acumulează noi datorii către creditorii din procedură, la cererea oricărui creditor sau chiar a administratorului judiciar.

Soarta procedurii de insolvență a debitorului va fi, în principiu, aceeași și în ipoteza în care se formulează o cerere pentru trecerea în faliment de către titularul unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile pentru mai mult de 60 de zile și al cărei quantum este mai mare decât valoarea prag; această cerere poate fi formulată [art. 143 alin. (3) din cod] oricând în perioada planului de reorganizare sau după îndeplinirea obligațiilor asumate prin plan. Pentru ipoteza în care, însă, creanța nu este datorată, este achitată sau debitorul încheie cu acest creditor o convenție de plată, cererea privind trecere debitorului în faliment va fi respinsă de către judecătorul-sindic.

Care este soluția dacă ne aflăm în prezența unui plan de reorganizare modificat?

Reamintim că, potrivit art. 139 alin. (5) din Codul insolvenței, modificarea unui plan de reorganizare este posibilă și poate viza inclusiv prelungirea acestuia cu condiția formulării sale *pe parcursul procedurii de reorganizare*, fără a se putea depăși o durată totală maximă de derulare a planului de 4 ani de la momentul confirmării inițiale. Așadar, la propunerea persoanelor care au și vocația de a propune un plan, indiferent dacă l-au propus sau nu, modificarea planului de reorganizare trebuie votată de către adunarea creditorilor, cu creanțele rămase în sold, în aceleași condiții ca și la votarea sa și confirmat de către judecătorul-sindic.

Apreciem, însă, că dacă operațiunea de modificare a planului eșuează, fie pentru că nu este formulat în termen (pe parcursul procedurii de reorganizare), fie nu este propus de persoanele cărora legiuitorul le-a recunoscut calitate procesuală activă, fie nu este votat sau confirmat etc., soluția va fi aceeași, în sensul că se va dispune trecerea la procedura falimentului constatând că planul de reorganizare votat și confirmat nu poate fi respectat.

Dacă, însă, modificarea planului de reorganizare are loc, debitorul este ținut la îndeplinirea acestui nou plan, o eventuală cerere de intrare în faliment justificată pe nerespectarea dispozițiilor cuprinse în planul inițial de reorganizare fiind nefondată.

Legiuitorul nu definește în cuprinsul legii (și, de altfel, îi era greu dacă nu imposibil să definească toate noțiunile întâlnite în text) ce înseamnă, din perspectiva art. 145 alin. (1) lit. C, „*desfășurarea activității (...) aduce pierderi averii sale*”, astfel că îi va reveni jurisprudenței sarcina creatoare de a contura conținutul acestei sintagme. Putem imagina doar că pentru a aduce intrarea în faliment, cu titlu de sancțiune, activitatea desfășurată de către debitor în perioada de reorganizare trebuie să determine de exemplu, creșterea pasivului, pierderea unor contracte avantajoase, încheierea unor convenții nefavorabile debitorului etc.

Sigur că va fi foarte greu de stabilit care este dimensiunea exactă a acestor pierderi care sunt în măsură să ducă la falimentul debitorului. Altfel spus, va trebui analizată, de la caz la caz, modalitatea în care se prezintă aceste pierderi, suficient de mari sau de importante, care fac ca ipoteza normei legale enunțate anterior să fie întrunită.

Apreciem, însă, că această analiză aparține judecătorului-sindic care, investit cu o cerere de intrare în faliment, fundamentată pe prevederile art. 145 alin. (1) lit. C, va

analiza în concret situațiile evidențiate de către titularul cererii. În cadrul unei astfel de analize, de pildă, se va putea statua că, de exemplu, înregistrarea unei pierderi suficient de importantă raportat la activitatea și dimensiunile bilanțului debitorului, este suficientă pentru intrarea în faliment nefiind necesară înregistrarea de pierderi repetate, care se efectuează în contabilitate de regulă lunar, în fiecare balanță de verificare; de asemenea, se poate stabili, de exemplu, că nerespectarea unu singur termen de plată dintr-un contract în derulare și care atrage plata unor penalități considerabile sau atestă incapacitatea de plată a unor achiziții esențiale pentru activitatea debitorului poate fi suficientă pentru intrarea în faliment.

Putem conchide, așadar, că legiuitorul reglementează o *procedură generală* care include două etape, întâi, perioada de observație urmată apoi fie de reorganizarea judiciară, fie de cea a falimentului, precum și o *procedură simplificată* care presupune fie deschiderea direct a procedurii falimentului, fie trecerea la faliment după o perioadă relativ scurtă de observație, fără a fi posibilă reorganizarea judiciară.

2.1.4.1. Necesitatea respectării regulilor procedurale pentru trecerea la faliment

11. Jurisprudența^[1] a stabilit faptul că procedura necesar a fi urmată pentru trecerea la faliment din procedura generală este riguros reglementată prin dispozițiile art. 59 alin. (3) și (4) din Legea nr. 85/2006 [corespondentul art. 94 alin. (3) și alin. (4) din Codul insolvenței], în sensul următor: propunerea privind intrarea în faliment a debitorului, în procedura generală, va fi supusă aprobării adunării generale a creditorilor la prima ședință a acesteia; dacă raportul administratorului judiciar va face propunerea de intrare în faliment, acesta va publica un anunț referitor la raport în Buletinul procedurilor

^[1] La data de 27 noiembrie 2009, prin sentința civilă nr. 4305, judecătorul-sindic a procedat la deschiderea procedurii insolvenței debitoarei SC C.P.G. SRL, apreciind că debitoarea este în insolvență; de asemenea, a fixat termenul pentru depunerea declarațiilor de creanță, a contestațiilor, de întocmire a tabelului provizoriu etc. În derularea procedurii insolvenței debitoarei, administratorul judiciar a întocmit și depus rapoartele de activitate în care a evidențiat acțiunile întreprinse de acesta, întocmind tabelul preliminar al creanțelor. Probele administrate în cauză evidențiază împrejurarea că tabelul preliminar al creanțelor debitoarei nu este definitiv fiind formulate contestații, iar sentința judecătorului-sindic prin care a soluționat aceste contestații nu este irevocabilă. Procesul-verbal al adunării generale a creditorilor din data de 2 martie 2010 evidențiază împrejurarea că problemele supuse dezbaterii au vizat componența comitetului creditorilor, confirmarea lichidatorului judiciar, onorariul acestuia precum și continuarea perioadei de observație. Cu toate acestea, creditorii prezenți la adunarea din 2 martie 2010 au hotărât intrarea în procedura de faliment a debitoarei apreciind că sunt întrunite dispozițiile art. 59 alin. (1) din Legea nr. 85/2006. Prin sentința civilă nr. 1748 din data de 25 mai 2010, judecătorul-sindic dispune începerea procedurii falimentului debitoarei în temeiul art. 107 lit. D din Legea insolvenței. Din cuprinsul hotărârii pronunțate, (...) Curtea reține că temeiul trecerii debitoarei în faliment este art. 107 lit. D din Legea insolvenței. Potrivit art. 59 alin. (4) și (5) din Legea nr. 85/2006, propunerea privind intrarea în faliment a debitorului, în procedura generală va fi supusă aprobării adunării generale a creditorilor la prima ședință a acesteia; dacă raportul administratorului judiciar va face propunerea de intrare în faliment, acesta va publica un anunț referitor la raport în Buletinul procedurilor de insolvență, cu indicarea datei primei adunări a creditorilor, sau va convoca adunarea creditorilor, dacă raportul va fi depus după data primei adunări. La această adunare va supune votului adunării creditorilor propunerea de intrare în faliment. Curtea constată că deși în speță ar trebui să se regăsească această procedură urmată de către administratorul judiciar și apoi verificată de către judecătorul-sindic, în fapt nu este așa. Astfel, se poate observa că nu există propunerea administratorului judiciar de intrare în faliment care să fi fost supusă analizei și aprobării adunării generale a creditorilor debitoarei, nu există vreun anunț în acest sens publicat în BPI, iar votul creditorilor în această procedură lipsește cu desăvârșire. Se poate conchide, așadar, că pentru considerentele expuse anterior hotărârea judecătorului-sindic este nelegală și urmează a fi casată cu consecința trimiterii cauzei spre rejudecare aceleiași instanțe, urmare a admiterii recursului declarat de către debitoare potrivit art. 312 alin. (1) și (5) C. proc. civ. raportat la art. 8 din Legea nr. 85/2006 (C.A. Cluj, dec. nr. 11 din 10 ianuarie 2011, nepublicată).

de insolvență, cu indicarea datei primei adunări a creditorilor sau va convoca adunarea creditorilor, dacă raportul va fi depus după data primei adunări. La această adunare va supune votului adunării creditorilor propunerea de intrare în faliment.

Nerespectarea acestor dispoziții legale atrage casarea, pentru că instanța de control judiciar nu poate verifica legalitatea soluției judecătorului-sindic de trecere la procedura de faliment.

2.1.4.2. Trecerea la faliment în baza propunerii administratorului judiciar

12. Potrivit art. 105 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 [corespondentul art. 143 alin. (1) din Codul insolvenței], dacă debitorul nu se conformează planului sau desfășurarea activității aduce pierderi averii sale, administratorul judiciar, comitetul creditorilor sau oricare dintre creditorii, precum și administratorul special pot solicita oricând judecătorului-sindic să aprobe intrarea în faliment, în condițiile art. 107 (corespondentul art. 145 din Codul insolvenței) și următoarele.

Jurisprudența^[1] a stabilit că este întemeiată cererea administratorului judiciar de intrare în faliment, atâta timp cât raportul trimestrial atestă existența unor dificultăți în activitatea debitoare, ca urmare a neînceperii unor lucrări, conform contractelor de execuție menționate în planul de reorganizare, în condițiile în care încasările previzionate de debitoare pentru primele trei luni din primul an al planului sunt mult mai ridicate decât încasările efective, care oricum sunt evident necesare derulării cheltuielilor cu procedura. A fost considerat astfel că toate aceste elemente coroborate constituie motive întemeiate care să susțină teza în sensul că debitoarea nu se conformează planului, iar desfășurarea activității aduce pierderi averii sale.

^[1] Curtea a constatat că cererea de intrare în faliment a fost formulată de către administratorul judiciar al debitoare, prin raportul de activitate publicat în BPI la data de 31 martie 2011. Conform raportului întocmit de către administratorul judiciar, există dificultăți în activitatea debitoare ca urmare a neînceperii lucrărilor conform contractelor de execuție menționate în planul de reorganizare, în condițiile în care încasările previzionate de debitoare pentru primele trei luni din primul an al planului sunt de 2.137.700 lei iar încasările efective sunt de 13.000 lei, urmare a încasării unor garanții de bună execuție, sume necesare derulării cheltuielilor cu procedura. Raportul administratorului judiciar deși depus și publicat nu a fost contestat de către administratorul special al debitoare, de către comitetul creditorilor sau oricare creditor în condițiile art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. Curtea a constatat, analizând raportul administratorului judiciar, că acesta corespunde cerințelor art. 21 din lege și cuprinde, în descrierea activității desfășurate, demersurile întreprinse pentru derularea procedurii insolvenței în concordanță cu dispozițiile legale, astfel încât participanților să le fie respectate drepturile și garanțiile procesuale. Analizând conținutul raportului întocmit, Curtea a constatat că acesta cuprinde suficiente elemente care să justifice intrarea debitoare în procedura falimentului. Astfel, existența unor dificultăți în activitatea debitoare ca urmare a neînceperii lucrărilor conform contractelor de execuție menționate în planul de reorganizare, în condițiile în care încasările previzionate de debitoare pentru primele trei luni din primul an al planului sunt de 2.137.700 lei, iar încasările efective sunt de 13.000 lei, urmare a încasării unor garanții de bună execuție, sume necesare derulării cheltuielilor cu procedura, constituie motive întemeiate care să susțină ideea că debitoarea nu se conformează planului, iar desfășurarea activității aduce pierderi averii sale. În consecință, Curtea va constata că în mod corect judecătorul-sindic a admis cererea formulată de către administratorul judiciar al debitoare și, constatând că ipoteza normei legale enunțată în art. 105 din lege este întrunită, a dispus intrarea debitoare în faliment. Curtea nu va achiesa apăsărilor formulate de către administratorul special al debitoare potrivit cărora administratorul judiciar este culpabil pentru neexecutarea planului de reorganizare al debitoare. Astfel, se poate observa că alături de administratorul judiciar al debitoare și administratorul special are drepturi și obligații proprii în procedură, apreciate ca fiind suficiente pentru a asigura succesul unui plan. Apoi, pentru ipoteza în care s-ar fi constatat o neîndeplinire culpabilă de către administratorul judiciar a atribuțiilor care-i revin, măsurile prevăzute de art. 22 din lege puteau fi aplicate (C.A. Cluj, dec. nr. 2562 din 25 octombrie 2010, nepublicată).

2.2. Hotărârea judecătorului-sindic privind deschiderea falimentului

13. Facem mențiunea de la început că, deși limbajul utilizat de legiuitor atunci când se referă la trecerea la faliment, este în sensul de „intrarea în faliment” [art. 145 alin. (1), alin. (2), art. 146 sau art. 147], în cele ce urmează vom folosi, pentru a desemna aceeași instituție juridică, și exprimarea „deschiderea procedurii de faliment”.

Din cuprinsul Codului insolvenței rezultă că judecătorul-sindic va putea dispune deschiderea procedurii prin *încheiere* sau *sentință*. Astfel, se va dispune deschiderea procedurii prin *încheiere*, în condițiile art. 71 din cod, dacă ne aflăm în prezența unei cereri formulate de către debitor, care îndeplinește cerințele prevăzute de art. 66, dispunându-se astfel intrarea în *procedura generală*.

Tot prin *încheiere* și în condițiile aceleiași prevederi legale – art. 71 alin. (1), judecătorul-sindic va dispune intrarea în faliment, în *procedură simplificată*, atunci când:

- debitorul, prin cererea formulată, și-a exprimat intenția – prin declarația făcută în condițiile art. 67 alin. (1) lit. g) din cod – de a intra în *procedură simplificată* ori
- debitorul/debitorii se încadrează în una dintre categoriile prevăzute la art. 38 alin. (2), respectiv sunt:

a) profesioniști persoane fizice supuse obligației de înregistrare în registrul comerțului, cu excepția celor care exercită profesii liberale;

b) întreprinderi familiale, membrii întreprinderii familiale;

c) debitori care fac parte din categoriile prevăzute la art. 38 alin. (1) și îndeplinesc una dintre următoarele condiții:

1. nu dețin niciun bun în patrimoniul lor;

2. actele constitutive sau documentele contabile nu pot fi găsite;

3. administratorul nu poate fi găsit;

4. sediul social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului;

d) persoane juridice dizolvate voluntar, judiciar sau de drept, anterior formulării cererii introductive, chiar dacă lichidatorul judiciar nu a fost numit sau, deși numit, mențiunea privitoare la numirea sa nu a fost înscrisă în registrul comerțului;

e) debitori care și-au declarat prin cererea introductivă intenția de intrare în faliment;

f) orice persoană care desfășoară activități specifice profesioniștilor, care nu a obținut autorizarea cerută de lege pentru exploatarea unei întreprinderi și nu este înregistrată în registrele speciale de publicitate; aplicarea prezentei legi față de aceste persoane nu exclude sancțiunile aplicabile pentru lipsa autorizării sau înregistrării respectivei persoane.

Potrivit legii, judecătorul-sindic va dispune deschiderea procedurii falimentului debitorului, la cererea creditorului, prin *sentință* – art. 72 alin. (6) – dacă debitorul nu plătește creanța acestuia până la închiderea dezbaterilor, iar judecătorul-sindic stabilește că debitorul este în stare de insolvență și va deschide, fie procedura generală a insolvenței, fie procedura simplificată, după caz.

De asemenea, prin *sentință*, conform art. 145, se va dispune deschiderea falimentului dacă:

– debitorul nu și-a declarat intenția de reorganizare, în cadrul unei proceduri deschise la cererea creditorilor;

– niciunul dintre celelalte subiecte de drept îndreptățite nu a propus un plan de reorganizare, potrivit dispozițiilor art. 132 sau niciunul dintre planurile propuse nu a fost acceptat și confirmat;

– debitorul și-a declarat intenția de reorganizare, dar nu a propus un plan de reorganizare ori planul propus de acesta nu a fost acceptat și confirmat;

– obligațiile de plată și celelalte sarcini asumate nu sunt îndeplinite în condițiile stipulate prin planul confirmat sau desfășurarea activității debitorului în decursul reorganizării aduce pierderi averii sale;

– a fost aprobat raportul administratorului judiciar întocmit în condițiile art. 92, prin care se propune intrarea debitorului în faliment, atunci când nu există posibilități reale de reorganizare a activității debitorului sau acesta se încadrează în categoria debitorilor prevăzută de art. 38 alin. (2), iar urmare a dezbaterii raportului întocmit se votează propunerea de intrare în faliment;

– în cazurile prevăzute la art. 75 alin. (4) și art. 143 alin. (3), respectiv în *perioada de observație*, la cererea titularului unei creanțe certe, lichide și exigibile, care depășește valoarea prag, ce a fost recunoscută de către administratorul judiciar dacă aceste creanțe nu sunt achitate în termen de 60 de zile de la data luării măsurii de către administratorul judiciar sau a hotărârii instanței de judecată sau în *perioada planului de reorganizare sau după îndeplinirea obligațiilor de plată asumate prin plan*, la cererea titularului unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile, mai vechi de 60 de zile și în cuantum superior valorii prag.

§3. Efectele deschiderii falimentului

14. Alături de *efectele cu caracter general* pe care deschiderea oricărei proceduri de insolvență le produce, intrarea în procedura falimentului are și unele *efecte specifice*. Vom aminti ca efecte generale ale deschiderii procedurii insolvenței:

- suspendarea acțiunilor judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită;
- suspendarea termenelor de prescripție;
- oprirea curgerii accesoriilor creanțelor;
- suspendarea de la tranzacționare a valorilor mobiliare de pe piața reglementată pe care acestea se tranzacționează;
- interzicerea efectuării operațiunilor de debitor;
- compensarea creanțelor;
- anularea actelor frauduloase;
- menținerea sau denunțarea unor contracte;

În cuprinsul Codului insolvenței reiese că deschiderea procedurii falimentului produce o serie de efecte care vizează deopotrivă debitoarea, dar și patrimoniul său, efecte care pot fi imediate sau mediate.

Pot fi considerate *efecte imediate* ale deschiderii procedurii falimentului: notificarea deschiderii falimentului; mențiuni privitoare la procedură, în corespondența debitorului; obligația de a comunica acte și informații; obligația de publicitate față de terți a deschiderii procedurii; dizolvarea societății; ridicarea dreptului de administrare; desemnarea sau, după caz, confirmarea lichidatorului judiciar.

Constituie *efecte cu caracter mediat* ale procedurii falimentului: declararea creanțelor născute după data deschiderii procedurii insolvenței; scadența anticipată a tuturor obligațiilor debitorului; verificarea creanțelor înregistrate; întocmirea tabelului suplimentar al creanțelor; contestațiile privind creanțele creditorilor; întocmirea și afișarea tabelului definitiv consolidat.

3.1. Notificarea deschiderii falimentului

15. Legiuitorul a stabilit că, încă prin sentința de deschidere a procedurii falimentului debitorului, judecătorul-sindic va dispune, alături de dizolvarea debitorului persoană juridică, și notificarea intrării în faliment [art. 145 alin. (2) lit. f)].

Potrivit art. 146 din Codul insolvenței, în cazul intrării în *faliment în procedura generală*, lichidatorul judiciar trimite o notificare tuturor creditorilor menționați în lista depusă de către debitor sau administratorul judiciar, ale căror creanțe s-au născut după deschiderea procedurii. Lista amintită anterior va fi întocmită în condițiile art. 145 alin. (2) lit. e), respectiv de către administratorul judiciar, în termen de 5 zile de la intrarea în faliment, în procedura generală, cuprinzând numele și adresele creditorilor și toate creanțele acestora la data intrării în faliment, cu indicarea celor născute după deschiderea procedurii, a tabelului definitiv al creanțelor și a oricăror alte tabele întocmite în procedură, a oricăror rapoarte de distribuție, a listei actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii. În ipoteza în care dreptul de administrare nu a fost ridicat, obligația de întocmire și predare menționată mai sus incumbă administratorului special, cu avizul administratorului judiciar. Este o prevedere de noutate, care vine să clarifice rolul și atribuțiile în procedură ale administratorului special, considerându-se că este just a conferi acestuia *continuitate* în ceea ce privește predarea mandatului, inclusiv responsabilizarea în privința corectei și completei încetări a acestuia.

Aceeași notificare va fi trimisă de către lichidatorul judiciar și debitorului, precum și registrului unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunilor privind deschiderea falimentului. De asemenea, dacă există creditori cu sediul sau cu domiciliul în străinătate care au reprezentanți în țară, notificarea va fi trimisă acestora din urmă, notificarea urmând a fi realizată potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă, precum și prin publicarea, pe cheltuiala averii debitorului, într-un ziar de largă circulație și în *Buletinul procedurilor de insolvență* – art. 99 alin. (2) și (3).

Un element de noutate conținut de dispozițiile art. 146 alin. (2) din Codul insolvenței este faptul că notificarea trebuie comunicată creditorilor *cu cel puțin 10 zile înainte de împlinirea termenului limită pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor*. Instituirea acestui termen reprezintă o materializare a principiului asigurării unui grad ridicat de transparență și previzibilitate în procedură, principiu consacrat de dispozițiile art. 4 pct. 5. S-a considerat astfel că trebuie acordat creditorului un termen rezonabil și efectiv în care poate acționa în procedură, pentru realizarea și protecția corespunzătoare a dreptului său^[1].

Conținutul acestei notificări este stabilit prin dispozițiile art. 146 alin. (2) lit. a)-d) și va cuprinde:

a) termenul-limită pentru înregistrarea cererii de admitere a creanțelor născute după data deschiderii procedurii sau al căror quantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților efectuate după deschiderea procedurii, în vederea întocmirii tabelului suplimentar, care va fi de maximum 45 de zile de la data intrării în faliment, precum și cerințele pentru ca o creanță înregistrată să fie considerată valabilă;

^[1] S-au avut în vedere și recomandările World Bank din cadrul *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*: „Effectively protecting the rights of parties in interest in a proceeding requires that such parties have a right (...) to receive proper notice of matters that affect their rights”.

b) termenul de verificare a creanțelor născute după data deschiderii procedurii sau al căror quantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților efectuate după deschiderea procedurii, de întocmire și publicare a tabelului suplimentar al acestora, care nu va depăși 30 de zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. a), respectiv cel de 45 de zile de la data intrării în faliment;

c) termenul de depunere la tribunal a contestațiilor, care va fi de 7 zile de la publicarea în BPI a tabelului suplimentar;

d) termenul de întocmire a tabelului definitiv consolidat, care nu va depăși 30 de zile de la expirarea termenului prevăzut la lit. b).

Pentru debitorul aflat în faliment prin procedura simplificată, conform art. 147 din lege, lichidatorul judiciar va trimite o notificare privind intrarea în procedura falimentului tuturor creditorilor din lista depusă de debitor, debitorului și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole ori registrului asociațiilor și fundațiilor în care debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. Cu aceeași ocazie, prin notificarea întocmită, vor fi comunicate creditorilor termenele majorate stabilite urmare a aplicării dispozițiilor art. 100 din lege. De asemenea, dacă până la aprobarea cererii administratorului judiciar de intrare în faliment, cerere întocmită în condițiile art. 92 alin. (4), debitorul aflat în faliment prin procedură simplificată și-a continuat activitatea, creditorii deținând creanțe asupra debitorului, cu prioritate creanțe născute în perioada de observație, vor fi notificați de către lichidatorul judiciar în termen de 5 zile de la data intrării în faliment.

3.2. Mențiuni privitoare la procedură, în corespondența debitorului. Obligația de publicitate față de terți a deschiderii procedurii

16. Potrivit art. 83 alin. (1), după rămânerea definitivă a hotărârii de deschidere a procedurii, toate actele și corespondența emise de debitor, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar vor cuprinde, în mod obligatoriu și cu caractere vizibile, în limbile română, engleză și franceză, mențiunea „în insolvență”, „in insolvency”, „en procedure collective”.

În cazul intrării în *faliment*, actele și corespondența debitorului vor purta mențiunea „în faliment”, „in bankruptcy”, „en faillite”. După intrarea în *procedura simplificată* se va face, de asemenea, mențiunea „în faliment”, „in bankruptcy”, „en faillite”.

Obligația referitoare la informarea terților cu privire la procedură se menține și atunci când debitorul deține sau administrează una sau mai multe pagini de internet. Astfel, organele de conducere ale acestuia sunt obligate ca în termen de 24 de ore de la data comunicării hotărârii de deschidere a procedurii, să publice pe paginile de internet proprii, informațiile referitoare la starea societății, precum și numărul, data și instanța care a pronunțat hotărârea. Nerespectarea acestor obligații cu privire la mențiunile referitoare la procedura falimentului, în corespondența debitorului, atrage obligația de reparare a prejudiciului cauzat terților de bună-credință de către persoanele care au încheiat actele ca reprezentanți legali ai debitorului, fără a fi atinsă averea acestuia din urmă.

3.3. Obligația de a comunica acte și informații

17. Odată cu deschiderea procedurii falimentului debitoarei, prin procedura generală, gestiunea averii debitorului va fi predată de către administratorul judiciar sau, după caz, de către administratorul special, cu avizul administratorului judiciar (dacă nu a fost ridicat dreptul de administrare) către lichidatorul judiciar, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii.

3.4. Dizolvarea societății

18. Dizolvarea societății presupune totalitatea operațiunilor care pregătesc încetarea existenței societății și asigură premisele lichidării patrimoniului social. Potrivit legii, dizolvarea debitorului are loc la data deschiderii procedurii falimentului, fiind pronunțată de către judecătorul-sindic prin chiar hotărârea de intrare în faliment – art. 145 alin. (2).

Dizolvarea dispusă de către judecătorul-sindic la data deschiderii procedurii de faliment a debitorului este esențial diferită de *dizolvarea-sanctiune* pe care o dispune instanța de judecată, investită în condițiile art. 237 din Lege nr. 31/1990.

Potrivit art. 237 alin. (1) lit. a), c) și d) din Legea nr. 31/1990 privind societățile, dizolvarea va fi dispusă de către tribunalul investit la cererea oricărei persoane interesate sau a Oficiului Național al Registrului Comerțului dacă societatea (i) nu are organe statutare sau acestea nu se mai pot întruni, (ii) și-a încetat activitatea, nu are sediul social cunoscut ori nu îndeplinește condițiile referitoare la sediul social sau asociații au dispărut ori nu au domiciliul cunoscut sau reședința cunoscută, (iii) nu și-a completat capitalul social în condițiile legii.

Se poate observa astfel că dizolvarea-sanctiune intervine pentru ipoteza în care societatea nu și-a îndeplinit obligațiile legale care îi reveneau pe parcursul funcționării acesteia și ca o măsură de protecție a terților care ar putea contracta cu societatea aflată în una din situațiile menționate.

Dizolvarea societății dispusă ca urmare a deschiderii procedurii falimentului apare ca o etapă necesară lichidării și radierii debitorului care marchează sfârșitul existenței persoanei juridice falite și nu ca o sancțiune similar ipotezelor prevăzute de Legea nr. 31/1990.

Dizolvarea astfel dispusă corespunde și scopului legii menționat în art. 2 – *instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia* – întrucât la data deschiderii falimentului debitorului este clar că redresarea activității acestuia nu mai este posibilă și, ca atare, doar plata pasivului cu ajutorul sumelor obținute din operațiunea de lichidare a activelor mai poate fi urmărită.

3.5. Ridicarea dreptului de administrare

19. *Ridicarea dreptului de administrare* – art. 85 alin. (1)-(5) – constând în dreptul de a-și conduce activitatea, de a-și administra bunurile din avere și de a dispune de acestea, intervine în procedura insolvenței atunci când debitorul (i) nu și-a declarat intenția de reorganizare sau nu și-a declarat în termen intenția de reorganizare, (ii) prin nepunerea la dispoziția administratorului judiciar și a creditorului deținând cel puțin 20% din valoarea totală a creanțelor cuprinse în tabelul definitiv, a tuturor informațiile și documentele apreciate ca necesare cu privire la activitatea și averea sa, precum și a listei cuprinzând

plățile efectuate în ultimele 6 luni anterioare deschiderii procedurii și transferurile patrimoniale făcute în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii dacă, (iii) s-a dispus intrarea în faliment sau (iv) ca urmare a pierderilor continue din averea debitorului sau în lipsa probabilităților de realizare a unui plan rațional de activitate, la cererea creditorilor, a comitetului creditorilor ori a administratorului judiciar.

Dreptul de administrare al debitorului încetează *de drept* la data la care se dispune începerea procedurii falimentului, de la această dată debitorul fiind în măsură să desfășoare doar activitățile necesare operațiunilor de lichidare.

Se presupune, însă, ridicarea acestui drept de administrare?

Din chiar dispozițiile legale amintite anterior, rezultă că, în fapt, debitorul aflat în insolvență, de la data ridicării dreptului de administrare, nu mai poate să-și conducă activitatea, să-și administreze bunurile din averea sa și nici nu poate dispune de acestea. Pentru ipoteza falimentului, ridicarea dreptului de administrare operează de la momentul începerii procedurii, judecătorul-sindic statuând asupra acestuia prin chiar hotărârea de intrare în faliment. Apare întrebarea dacă și în celelalte situații este necesară o hotărârea a judecătorului-sindic?

Este de principiu că, în cadrul procedurii de insolvență, legiuitorul a statuat că ridicarea dreptului de administrare al debitorului poate interveni la momente diferite. Astfel, *odată cu deschiderea procedurii insolvenței*, debitorul își pierde dreptul de administrare dacă acesta nu-și exprimă intenția de reorganizare în termenul prevăzut de lege [art. 85 alin. (1)] sau urmare a cererii creditorului adresată judecătorului-sindic [art. 85 alin. (3)]; *în cursul procedurii*, ridicarea dreptului de administrare poate interveni la cererea creditorilor, a comitetului creditorilor ori a administratorului judiciar dacă sunt dovedite pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilităților de realizare a unui plan rațional de activitate [art. 85 alin. (5)] sau la data începerii procedurii falimentului [art. 85 alin. (4)].

Se poate observa, de asemenea, că din punct de vedere juridic, ridicarea dreptului de administrare intervine *de drept* (i) prin simpla inacțiune a debitorului care nu își exprimă intenția de reorganizare, (ii) urmare a nedesemnării unui administrator special dacă există neînțelegeri între asociați sau acționari și (iii) la data deschiderii procedurii falimentului sau *la cererea persoanelor abilitate de legiuitor* – creditorii, comitetul creditorilor ori administratorul judiciar – pentru motive temeinice: dacă sunt dovedite pierderile continue din averea debitorului sau lipsa probabilităților de realizare a unui plan rațional de activitate.

Chiar dacă legiuitorul nu o spune în mod expres decât pentru ipoteza falimentului, se poate susține întemeiat că și pentru celelalte situații în care intervine ridicarea dreptului de administrare al debitorului, intervenția judecătorului-sindic este necesară. Dacă pentru ipotezele în care dreptul de administrare se pierde de drept, judecătorul-sindic doar *constată* incidența împrejurărilor care atrag această sancțiune – inacțiunea debitorului, neînțelegerile dintre asociați/acționari, intrarea în faliment – pentru celelalte cazuri, lăsate la aprecierea sindicului, considerăm că este necesară analizarea lor, în condiții de contradictorialitate, pierderea dreptului de administrare fiind legat de hotărârea pronunțată de către judecătorul-sindic în acest sens.

Art. 85 alin. (7) din cod prevede că *de la data intrării în faliment, debitorul va putea desfășura doar activitățile ce sunt necesare derulării operațiunilor lichidării*.

În principal, activitatea de lichidare presupune totalitatea operațiunilor necesare încheierii afacerilor debitorului, aflate în curs de derulare la acea dată cu scopul transfor-

mării activului în numerar pentru a asigura plata creditorilor. Altfel spus, până la radierea societății, în procedura de faliment, debitorul va asigura, de exemplu, împreună cu lichidatorul judiciar, executarea contractelor în curs, nefiindu-i permise alte operațiuni comerciale care să angajeze debitorul. Prin urmare, nicio altă nouă operațiune comercială sau de altă natură, în măsură să creeze obligații noi debitorului, nu poate fi efectuată, întreaga activitate permisă debitorului fiind circumscrisă operațiunilor de lichidare.

De la data ridicării dreptului de administrare, prin chiar hotărârea dispusă în acest sens, judecătorul-sindic va da dispoziții tuturor băncilor la care debitorul are deschise conturi să nu dispună de sume fără un ordin al lichidatorului judiciar, instituirea acestei interdicții urmând a fi comunicată de urgență băncilor de către lichidatorul judiciar. Legea prevede că nesocotirea acestei interdicții comunicate de către lichidatorul judiciar atrage răspunderea băncilor pentru prejudiciul creat, precum și o amendă judiciară de la 4.000 lei la 10.000 lei – art. 86 alin. (2).

3.6. Desemnarea sau, după caz, confirmarea lichidatorului judiciar

20. Un alt efect imediat a intrării în faliment îl constituie desemnarea lichidatorului judiciar [art. 145 alin. (2) lit. b) și c)]. Astfel, în cazul procedurii generale, judecătorul-sindic va proceda la desemnarea unui lichidator judiciar provizoriu, precum și la stabilirea atribuțiilor și a onorariului acestuia, în conformitate cu criteriile aprobate prin legea de organizare a profesiei, iar în cazul procedurii simplificate, confirmarea în calitate de lichidator judiciar a administratorului judiciar, desemnat în cadrul procedurii debitorului [de către creditorii care dețin mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot în condițiile art. 57 alin. (2), respectiv de către judecătorul-sindic, în mod provizoriu, prin hotărârea de deschidere a procedurii].

Așadar, în ipoteza în care ne aflăm în *faliment din procedura generală*, din chiar momentul deschiderii procedurii, prin sentința de deschidere a procedurii, judecătorul-sindic va proceda la desemnarea lichidatorului judiciar provizoriu, până la confirmarea acestuia în condițiile legii, dispozițiile art. 45 alin. (1) lit. d) fiind aplicabile. Altfel spus, după ce judecătorul-sindic va verifica eventualele incompatibilități, va desemna lichidatorul judiciar provizoriu solicitat de către creditorul care a depus cererea de deschidere a procedurii sau de către debitor, dacă cererea îi aparține acestuia. Dacă, însă, atât debitorul cât și creditorul au solicitat desemnarea unui anumit practician, va avea prevalență cererea creditorului. Dacă creditorii au solicitat desemnarea unor practicieni diferiți, judecătorul-sindic va desemna motivat pe unul dintre cei propuși de aceștia. Pentru ipoteza în care o astfel de propunere nu există, judecătorul-sindic va desemna în calitate de lichidator judiciar provizoriu unul dintre practicienii în insolvență înscrși în Tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România.

Rezultă, așadar, că judecătorul-sindic trebuie să țină seama de propunerile făcute de creditor sau debitor dacă cererea de deschidere a procedurii îi aparține, iar aceștia au formulat propuneri în acest sens. În concluzie, în caz de concurs a cererilor creditorilor de desemnare a unui lichidator judiciar provizoriu, judecătorul-sindic trebuie să îl desemneze, motivat, pe unul dintre cei solicitați, nefiindu-i permisă o altă desemnare, chiar și provizorie. Apoi, dacă există concomitent o propunere a creditorului și una a debitorului, prevalează propunerea creditorului dacă cererea îi aparține, în timp ce pentru cererea formulată de către debitor, propunerea acestuia va fi validată. Dacă, însă, procedura debitorului este cea *simplificată*, legiuitorul a stabilit că va avea calitatea de lichidator

judiciar administratorul judiciar desemnat în condițiile art. 57 alin. (2) sau art. 73, după caz, adică administratorul judiciar desemnat în cadrul procedurii debitorului de către creditorii care dețin mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot în condițiile art. 57 alin. (2), respectiv de către judecătorul-sindic, în mod provizoriu, prin hotărârea de deschidere a procedurii.

În îndeplinirea acestei atribuții care vizează desemnarea lichidatorului judiciar și în noua reglementare a Codului insolvenței disputele existente în jurisprudență se păstrează; prin urmare, și întrebările referitoare la modalitatea desemnării lichidatorului judiciar, a criteriilor de selecție a practicienilor în insolvență, după care judecătorul-sindic trebuie să se ghideze pentru a putea desemna din oficiu un administrator judiciar sau un lichidator, precum și a condițiilor în care se poate asigura o competiție reală și loială între practicienii în insolvență care își oferă sau își pot oferi serviciile pentru a fi desemnați din oficiu drept administratori judiciari sau lichidatori. Legiuitorul nu ne-a oferit soluții pentru niciuna dintre aceste probleme și, ca atare, revine jurisprudenței sarcina de a le găsi. Motivarea judecătorilor sindici, de regulă sumară, într-o frază, amintește de experiența profesională a practicianului ales, de complexitatea procedurilor anterioare derulate, de modul de îndeplinire a atribuțiilor în procedurile derulate, de costurile procedurii etc.

21. O problemă care a primit o soluționare neunitară în jurisprudență este aceea a ofertei de preluare a poziției de lichidator judiciar sau administrator judiciar de către practicianul solicitat prin chiar cererea privind deschiderea procedurii insolvenței debitoare. Altfel spus, este necesară depunerea unei astfel de oferte pentru desemnarea sa sau, dimpotrivă, solicitarea formulată de către titularul cererii de deschidere a procedurii este suficientă?

S-au conturat două soluții. Într-o primă abordare, se afirmă că, pornind de la dispozițiile art. 11 lit. c) din Legea nr. 85/2006, se poate susține că: judecătorul-sindic va desemna administratorul judiciar provizoriu sau lichidatorul provizoriu solicitat de către creditorul care a solicitat deschiderea procedurii sau de către debitor, dacă cererea îi aparține, iar dacă cel care a introdus cererea de deschidere a procedurii *nu solicită* numirea unui administrator judiciar sau lichidator, numirea se va face de către judecătorul-sindic din rândul practicienilor care au depus oferte la dosarul cauzei, și, prin urmare, doar în această ultimă variantă, dacă partea care a solicitat deschiderea procedurii insolvenței *nu a menționat* și persoana practicianului în insolvență propus să administreze procedura, judecătorul-sindic este ținut în desemnare de *oferțele depuse la dosarul cauzei*, întrucât *primează cererea formulată de către creditorul care a solicitat deschiderea procedurii sau de către debitor*, o interpretare contrară fiind apreciată drept excesiv de formalistă.

Într-o altă opinie, se susține că prevederile art. 11 lit. c) nu pot fi aplicate decât în strictă corelare cu dispozițiile art. 19 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 conform cărora: „Practicienii în insolvență interesați vor depune la dosar o ofertă de preluare a poziției de administrator judiciar în dosarul respectiv, la care vor anexa dovada calității de practician în insolvență și o copie de pe polița de asigurare profesională. În ofertă, practicianul în insolvență interesat va putea arăta și disponibilitatea de timp și de resurse umane, precum și experiența generală sau specifică necesare preluării dosarului și bunei administrări a cazului. În cazul în care nu există nicio astfel de ofertă, judecătorul-sindic va desemna provizoriu, până la prima adunare a creditorilor, un practician în insolvență

ales în mod aleatoriu din Tabloul U.N.P.I.R.". Prin urmare, dacă niciunul dintre practicienii în insolvență solicitați de către titularii cererii de deschidere a procedurii insolvenței nu au depus oferta de preluare a poziției de administrator judiciar și nici documente din care să rezulte *dovada calității de practician și copia poliței de asigurare*, desemnarea acestora nu este posibilă, câtă vreme nu poate fi desemnat ca administrator judiciar al debitorului decât persoana care îndeplinește condițiile impuse de lege și face dovada în acest sens. Sigur că în această variantă, cel puțin o întrebare nu își va găsi răspuns: atunci când are loc confirmarea administratorului judiciar de către adunarea creditorilor sau creditorul care deține cel puțin 50% din valoarea creanțelor, la prima adunare a creditorilor, toate aceste documente se găsesc la dosar?

3.7. Tabelul suplimentar și tabelul definitiv consolidat

22. Potrivit art. 5 pct. 70 din Codul insolvenței, *tabelul suplimentar* cuprinde toate creanțele născute după data deschiderii procedurii generale și până la data începerii procedurii falimentului, acceptate de către lichidatorul judiciar în urma verificării acestora, urmând a fi menționate atât suma solicitată de către creditor, cât și suma acceptată și rangul de preferință. Creanțele născute în procedura de insolvență despre care vorbesc dispozițiile legale enunțate vizează sumele de bani care sunt datorate de către debitor diverșilor săi creditori și care pot rezulta din continuarea activității și neplata diverșilor furnizori, rate de credit restante, drepturi salariale aferente angajaților din perioada de observație sau de reorganizare, creanțe fiscale aferente obligațiilor fiscale neachitate în reorganizare sau în perioada de observație etc.

Conform art. 147 alin. (2), pentru creanțele născute în procedura insolvenței, creditorii vor trebui să depună cereri de admitere a creanțelor însoțite de documente justificative, în termenul stabilit prin notificarea comunicată în condițiile art. 100; nerespectarea termenului privind depunerea cererii de admitere a creanței născute după deschiderea procedurii determină aplicarea sancțiunii decăderii titularului de creanțe, cât privește creanțele respective, din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor și nu va dobândi calitatea de creditor îndreptățit să participe la procedură, precum și din celelalte drepturi prevăzute de art. 114 alin. (1).

Tabelul definitiv consolidat de creanțe cuprinde totalitatea creanțelor care figurează ca admise în tabelul definitiv de creanțe și cele din tabelul suplimentar necontestate, precum și pe cele rezultate în urma soluționării contestațiilor la tabelul suplimentar. În situația în care s-a dispus intrarea în faliment după confirmarea unui plan de reorganizare, tabelul definitiv consolidat va cuprinde: totalitatea creanțelor ce figurează ca admise în tabelul definitiv de creanțe, cele din tabelul suplimentar necontestate, cele rezultate în urma soluționării contestațiilor la tabelul suplimentar, din care se vor deduce sumele achitate pe parcursul derulării planului de reorganizare (art. 5 pct. 68 din Codul insolvenței).

Textul art. 102 alin. (6) din Codul insolvenței (care preia în mare măsură textul art. 64 alin. (6) din Legea nr. 85/2006) stabilește că, în ceea ce privește creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare, acestea vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscriserea la masa credală, dispozițiile aplicându-se corespunzător pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment. Rezultă, așadar, că toate creanțele

debitorului care nu au fost achitate în condițiile legale amintite vor fi declarate după data deschiderii falimentului, urmând regimul juridic al acestor creanțe.

Sub efectul O.G. nr. 91/2013^[1], prin care se adoptase la acel moment Codul insolvenței, se crease o excepție de la principiul universalității suspendării executărilor silită în materie de insolvență, în sensul în care creanțele născute după data deschiderii procedurii și constatate prin titlu executoriu derogau de la regula efectului suspensiv de drept al acțiunilor sau urmărilor silită individuale. Astfel, deși art. 75 alin. (1) din lege (care reia într-o formă modificată prevederile art. 36 din Legea nr. 85/2006) stabilește principiul efectului suspensiv al deschiderii procedurii pentru orice acțiune judiciară sau extrajudiciară sau urmărire silită individuală care tinde la realizarea unor creanțe asupra debitorului, anterioare deschiderii procedurii, însă, alin. (3) și (4) al aceluiași articol introduc o serie de *excepții*. Astfel, conform art. 75 alin. (3), efectul suspensiv nu vizează acțiunile judiciare pentru determinarea existenței și/sau cuantumului unor creanțe asupra debitorului, născute după data deschiderii procedurii, aceste acțiuni urmând a fi soluționate de către judecătorul-sindic.

Apoi, potrivit alin. (4) din art. 75 în forma existentă în cadrul O.U.G. nr. 91/2013, executarea silită a creanțelor născute după data deschiderii procedurii insolvenței și stabilite prin titluri executorii era posibilă în cadrul procedurii insolvenței dacă debitorul nu a efectuat plata acestora în termen de 90 de zile de la scadență. Dacă, însă, creanța chiar născută în timpul procedurii, nu era constatată printr-un titlu executoriu, excepția devenea inoperantă, tot așa cum pentru o creanță anterioară deschiderii procedurii, constatată printr-un titlu executoriu, emis ulterior deschiderii procedurii, efectul suspensiv este aplicabil pe deplin. De asemenea, erau supuse aceluiași efect suspensiv și creanțele bugetare, anterioare deschiderii procedurii chiar și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care avea ca obiect activitatea anterioară a debitorului [art. 102 alin. (1)].

S-a susținut în literatura de specialitate^[2] că această nouă regulă instituită prin art. 75 alin. (4) din lege, „deși neexprimată, prezumă pre-existența unui titlu executoriu constatat al unei creanțe născute după data deschiderii procedurii. De regulă, acestea sunt din categoria titlurilor executorii fiscale, a contractelor de credit bancar și a titlurilor comerciale de valoare – cambie, bilet la ordin sau cec. Se poate prezuma că, în fapt, intenția noii reglementări este aceea de a reda posibilitatea executării silită a creanțelor fiscale născute după data deschiderii procedurii, acestea fiind principalele creanțe curente care erau în „suferință” în procedură și a ne-includerii în programul de plăți, pe motiv că aceste creanțe se achită pe măsura scadenței lor, conform documentelor din care rezultă, nefiind obligatoriu, dar nici interzis, să fie trecute procedurile de insolvență, fiind omise la plată. În același timp, aceste creanțe fiscale curente nu dădeau nici posibilitatea titularului lor de a cere trecerea la faliment pentru acumularea de noi datorii. Adevărul este că multe planuri de reorganizare erau construite în așa fel încât, în timp ce se acumulau noi datorii, inclusiv către fisc, și se defereau plățile pentru creanțele anterioare deschiderii procedurii către finalul perioadei de reorganizare, erau generate, voluntar sau involuntar, pierderi care duceau, ineluctabil și aproape invariabil, către eșecul planului. Falimentul „firesc” al debitorului antrena și ștergerea datoriilor, inclusiv

^[1] Declarată neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale a României nr. 447 din 29 octombrie 2013 (M. Of. nr. 674 din 1 noiembrie 2013).

^[2] <http://www.juridice.ro/285618/doua-noutati-problematicale-legislatieiinsolventei-si-o-statistica-inversata.html>.

cele generate în timpul perioadei de observație sau al reorganizării. Creanțele ulterioare deschiderii procedurii nu erau înscrise decât cu titlu excepțional în tabelul creanțelor (cu consecința lipsei calității de creditor îndreptățit să participe la pe tabelul creanțelor)”.

Cu toate acestea, în final s-a considerat însă că permisiunea acestor executări silită individuale în paralel cu derularea procedurii de insolvență ar fi fost menită să „rupă echilibrul” creat prin conturarea disciplinei și a rigorii ordinii de prioritate stabilite în această materie. De asemenea, s-ar fi creat o situație inechitabilă între creditorii curenți, care beneficiau de un titlu executoriu și ceilalți creditori curenți, ceea ce ar fi afectat principiul egalității și concursualismul care trebuie să guverneze o astfel de procedură.

Ca atare, prin Codul insolvenței a fost înlăturată posibilitatea de executare silită în privința oricăror creanțe, indiferent de momentul nașterii lor (anterior sau ulterior deschiderii procedurii) sau de modul în care acestea erau constatate (prin titluri executorii sau prin alte acte).

3.8. Scadența anticipată a creanțelor neajunse la termen

23. Prevederile art. 1.417 alin. (1) NCC stabilesc faptul că debitorul decade din beneficiul termenului dacă se află în stare de insolvabilitate sau, după caz, de insolvență declarată în condițiile legii, fără a se face distincția între procedura de insolvență, în formele sale de observație sau reorganizare și faliment. De asemenea, dispozițiile art. 341 din Codul insolvenței stabilesc, cu titlu de normă de principiu faptul că orice decăderi (din beneficiul termenului), pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă.

Deși deficitară ca tehnică legislativă, legiuitorul Codului insolvenței a optat pentru inaplicabilitatea întregului art. 1.417 NCC în materia insolvenței, astfel încât pentru debitorul, parte într-un contract în derulare, menținut de către administratorul judiciar, sau într-un contract de credit sau de leasing, de asemenea menținut, termenele de plată vor rămâne aceleași, exceptând situația deschiderii falimentului. Astfel, dispozițiile art. 150 alin. (4) din Codul insolvenței stabilesc faptul că orice creanțe bănești asupra averii debitorului se consideră scadente la data deschiderii procedurii de faliment, exceptând contractele financiare calificate și operațiunile de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală.

Interesant este de remarcat faptul că și Codul civil Carol prevedea dispoziții similare, stabilind faptul că debitorul nu mai poate reclama beneficiul termenului, când este căzut în deconfitura. În dreptul vechi românesc, deconfitura era echivalentul falimentului (fr. *déconfiture*). Rațiunea pentru care toate creanțele înregistrate în tabelele de creanțe, scadente sau nu, devin automat scadente la data deschiderii procedurii, este aceea a stabilizării unei mase credale unice, complete, raportată la un sistem disciplinat și riguros de distribuții, conform dispozițiilor art. 159, respectiv art. 161 din Codul insolvenței

Interesantă și de actualitate rămâne justificarea pe care Profesorul Fiñescu^[1] o acorda acestei instituții, a decăderii de drept din beneficiul termenului în caz de faliment: „Numai când falitul este dator sau, cum spune legea, când datoriile au scadență obligatorie în sarcina falitului, sau scadența depinde de voința lui, datoriile sunt socotite ca și cum ar fi ajuns la scadență. Și așa este și echitabil, și logic, pentru că declararea în faliment are drept scop lichidarea bunurilor falitului și achitarea creditorilor. Deci nu se poate concepe o lichidare în interesul creditorilor, decât dacă toți creditorii pot să con-

^[1] I.N. Fiñescu, *op. cit.*, p. 211-212.

cure și pentru ca ei să concure, este nevoie de o ficțiune juridică: creanțele împotriva falitului se socotesc ca și ajunse la scadență.”

3.9. Verificarea creanțelor înregistrate

24. În cazul intrării în *faliment în procedura generală*, vor fi supuse verificării toate creanțele asupra averii debitorului, inclusiv cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii sau, după caz, al căror cuantum a fost modificat față de tabelul definitiv de creanțe sau față de programul de plată din planul de reorganizare, ca urmare a plăților făcute după deschiderea procedurii – art. 146 alin. (3).

Potrivit art. 147 alin. (3), în cazul intrării în *faliment prin procedura simplificată*, vor fi supuse verificării toate creanțele asupra averii debitorului inclusiv cele bugetare, născute după data deschiderii procedurii.

Așadar, lichidatorul judiciar va efectua de îndată o cercetare amănunțită a fiecărei cereri și va stabili legitimitatea, valoarea exactă și prioritatea fiecărei creanțe, fiind în măsură să solicite explicații, să poarte discuții cu fiecare creditor sau debitor, să solicite, dacă este necesar, informații și documente suplimentare – art. 106 alin. (1)-(3), constatând, dacă este cazul, prescripția extinctivă a creanței, prin derogare de la art. 2512 și urm. NCC.

Toate aceste verificări trebuie făcute de către lichidatorul judiciar în termenul prevăzut de art. 146 alin. (2), lit. b), adică în termen de 30 de zile de la expirarea unui termen de 45 de zile calculat de la data intrării în faliment.

3.10. Întocmirea tabelului suplimentar al creanțelor

25. Potrivit art. 5 pct. 70 din Codul insolvenței, *tabelul suplimentar* cuprinde toate creanțele născute după data deschiderii procedurii generale și până la data începerii procedurii falimentului, acceptate de către lichidatorul judiciar în urma verificării acestora, urmând a fi menționate atât suma solicitată de către creditor, cât și suma acceptată și rangul de preferință.

Prin dispozițiile art. 145 alin. (4), legiuitorul a stabilit că după intrarea în faliment, în procedura generală, dispozițiile art. 99-114 vor fi aplicate în mod corespunzător, dacă este cazul, pentru creanțele născute între data deschiderii procedurii și data intrării în faliment precum și procedura de admitere a acestora. Așadar, pentru aceste creanțe (născute între data deschiderii procedurii și data intrării în faliment), urmare a verificărilor efectuate de către lichidatorul judiciar asupra creanțelor, pornind de la cererile formulate de către creditor, lichidatorul judiciar va întocmi și înregistra la tribunal un tabel care va cuprinde toate creanțele născute după data deschiderii procedurii generale și până la data începerii procedurii falimentului împotriva averii debitorului, acceptate de către lichidatorul judiciar; acest tabel, denumit suplimentar, va cuprinde suma solicitată de către creditor, suma acceptată, eventuala cauză de preferință (pentru care se va menționa titlul din care izvorăște dreptul de preferință, rangul acesteia), precizându-se, dacă este necesar, care sunt justificările legale care au impus reducerea unei creanțe sau chiar înlăturarea acesteia.

Cât privește creanțele constând în obligații care nu au fost calculate în valoare nominală sau a căror valoare este supusă modificării, dând eficiență dispozițiilor art. 107, acestea vor fi calculate de către lichidatorul judiciar și vor fi înscrise la valoarea nominală de la data deschiderii procedurii. Similar, creanțele exprimate sau consolidate în valută

vor fi înregistrate la valoarea lor în lei, la cursul Băncii Naționale a României existent la data deschiderii procedurii insolvenței.

Obligațiile care au mai mulți debitori „ținuți” în solidar la plată urmează a fi înscrise în toate tabelele de creanțe ale debitorilor cu valoarea nominală, până la plata integrală, urmând ca după efectuarea diverselor distribuii, să se procedeze la actualizarea sumelor din tabel corespunzător sumelor distribuite.

Dacă anterior înscrierii creanței, creditorul a obținut o plată, chiar și parțială pentru creanța sa, fie de la un codebitor, fie de la un fideiutor al debitorului, în tabelul de creanțe va fi înscrisă doar partea neachitată a creanței, iar nu creanța inițială, creditorul fiind obligat să aducă la cunoștința lichidatorului judiciar efectuarea oricărei plăți, în termen de 3 zile de la momentul încasării.

Are dreptul de a fi înscris în tabel și un codebitor sau un fideiutor care este îndreptățit la restituire sau la despăgubire din partea debitorului pentru suma plătită. Creditorul comun va avea dreptul să ceară, până la achitarea integrală a creanței sale, plata coței convenite codebitorului sau fideiutorului, rămânând creditor al acestuia doar pentru suma neachitată.

3.11. Contestațiile privind creanțele creditorilor

26. Odată întocmit, tabelul suplimentar de creanțe, potrivit art. 146 alin. (4) fraza finală, poate fi contestat de *oricare dintre creditorii*. Legiuitorul a prevăzut că termenul în care poate fi formulată contestația este de 7 zile de la publicarea în BPI a tabelului suplimentar. Se poate observa că, spre deosebire de contestațiile formulate împotriva tabelului preliminar de creanțe, unde pot formula astfel de contestații debitorul, creditorii și orice altă parte interesată, pentru contestațiile împotriva tabelului suplimentar, textul art. 146 alin. (4) din Codul insolvenței arată că „*toți creditorii vor putea să formuleze contestații cu privire la tabelul suplimentar*”.

Pe de o parte, s-ar putea considera că, spre deosebire de situația contestațiilor la tabelul preliminar, calitate procesuală activă în formularea contestațiilor la tabelul suplimentar dețin exclusiv creditorii, adică atât cei din tabelul definitiv (raportat la noile creanțe apărute ulterior deschiderii procedurii de faliment și care le reduc șansele de îndeplinire), cât și creditorii curenți, ale căror creanțe fuseseră eliminate, în tot sau în parte, din tabelul suplimentar.

Pe de altă parte, se poate considera că utilizarea adjectivului „toți” nu a intenționat excluderea administratorului special, ca subiect interesat și deci, deținător al calității procesuale active în a formula contestații, ci a dorit numai să dea șansa și creditorilor anteriori, ale căror creanțe fuseseră admise în tabelul definitiv, de a contesta noile creanțe, pentru scopul mai sus menționat.

Un alt argument, în sensul opiniei de mai sus, îl constituie și dispozițiile art. 56 alin. (1) lit. b), care este sediul general al atribuțiilor administratorului special, și care îi conferă vocația de a exercita contestații „în cadrul procedurii reglementate de prezenta lege”, nefăcând, în consecință, distincție între procedura de contestație a tabelului definitiv sau a celui suplimentar.

Contestațiile vor fi soluționate de către judecătorul-sindic, în lipsă de prevederi speciale, în condițiile art. 111 alin. (3)-(8), odată ce acestea au fost formulate, înregistrate la tribunal, însoțite de dovada în original a achitării taxei de timbru, precum și de toate înscrisurile de care partea înțelege să se folosească în dovedirea susținerilor sale, cu

arătarea oricăror altor probe care se solicită, cu excepția celor care nu se află în posesia părții sau nu sunt cunoscute la momentul formulării contestației.

Potrivit legii, sub sancțiunea aplicării de amenzi judiciare, în condițiile Codului de procedură civilă, creditorul care formulează contestația trebuie să trimită, cu confirmare de primire, câte un exemplar al contestației și al documentelor ce o însoțesc, lichidatorului judiciar, creditorului a cărui creanță se contestă precum și administratorului special. Întâmpinarea se depune în termen de 10 zile de la data comunicării contestației și a documentelor care o însoțesc, iar un exemplar al acesteia se comunică cu confirmare de primire de către partea care o formulează, sub sancțiunea prevăzută de art. 208 alin. (2) NCPC, contestatorului, lichidatorului judiciar și debitorului.

Odată îndeplinite aceste formalități administrative care privesc depunerea contestației, comunicarea acesteia și depunerea, respectiv comunicarea întâmpinării, la termenul prevăzut pentru definitivarea tabelului suplimentar de creanțe, și transformarea sa în tabel definitiv consolidat, termen stabilit încă de la momentul deschiderii procedurii de faliment, judecătorul-sindic va soluționa toate contestațiile, chiar dacă pentru soluționarea unora ar fi nevoie de administrarea unor probe, situație în care se poate proceda la înscrierea creanțelor respective, în tot sau doar în parte, în mod provizoriu în tabelul definitiv consolidat. Aceste creanțe vor beneficia de toate drepturile prevăzute de lege, cu excepția dreptului de a încasa sumele propuse pentru distribuire care vor fi consemnate în contul unic până la definitivarea creanței.

3.12. Aspecte practice care au generat probleme de drept în legătura cu obiectul contestațiilor la tabelul suplimentar de creanțe

3.12.1. Situația calculării accesoriilor la creanțele bugetare, născute ulterior deschiderii procedurii, în ipoteza eșuării unui plan de reorganizare

27. În conformitate cu prevederile art. 41 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 85/2006 „nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor *născute anterior* datei deschiderii procedurii. [...] (3) În cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, dobânzile, majorările ori penalitățile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligațiile *născute ulterior* datei deschiderii procedurii generale se achită în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți. În cazul în care planul eșuează, prevederile alin. (1) și (2) se aplică corespunzător pentru calculul accesoriilor cuprinse în programul de plăți, la data intrării în faliment”.

În jurisprudență^[1] s-a stabilit că, în raport cu prevederile art. 122¹ C. proc. fisc. și ale art. 41 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, nu se datorează și nu se calculează majorări de întârziere după data deschiderii procedurii insolvenței pentru creanțele fiscale născute anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței, nici chiar pentru cele născute înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006. Mai mult decât atât, prevederile art. 122¹ C. proc. fisc. atestă faptul că: „În cazul contribuabililor cărora li s-a deschis procedura insolvenței, pentru creanțele fiscale născute anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței se datorează dobânzi și penalități de întârziere potrivit legii care reglementează această procedură”. Or, legea specială în materie, este în acest caz Legea nr. 85/2006.

^[1] I.C.C.J., s. cont. adm. și fisc., dec. nr. 87 din 13 ianuarie 2009, www.scj.ro.

În ceea ce privește prevederile art. 80 din Codul insolvenței, acestea statuează astfel: „Nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 103 (creanțele beneficiind de o ordine de preferință. (2) În cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, dobânzile, majorările ori penalitățile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligațiile născute ulterior datei deschiderii procedurii generale se achită în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți. În cazul în care planul eșuează, acestea se datorează până la data deschiderii procedurii falimentului”.

Diferența față de vechea reglementare pare a fi următoarea:

- sub imperiul Legii nr. 85/2006, în privința creanțelor curente, accesoriile erau datorate dacă și numai dacă (i) programul de plăți^[1] sau, mai corect, planul de reorganizare le prevedea în mod expres, existând bineînțeles și documente din care acestea să rezulte și (ii) planul de reorganizare nu eșua;

- interpretarea coroborată a dispozițiilor de mai sus stabilea o ierarhie în privința prevalenței calculului accesoriilor, în sensul că nu era suficient să existe înscrisuri care constituie o cauză de naștere a obligației accesoriilor, dar planul de reorganizare trebuia să asume în mod expres plata acestora;

- în ipoteza în care planul de reorganizare eșua, indiferent de faptul asumării plății acestor accesorii prin planul de reorganizare și programul de plăți, accesoriile se considerau retroactiv nedatorate, pentru simplul fapt că dispozițiile alin. (3) trimiteau la alin. (1), adică la regula generală în materie: „Nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii”.

Aceasta este și logica pronunțării Deciziei nr. 87 din 13 ianuarie 2009 a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Sub imperiul Codului insolvenței, lucrurile nu sunt substanțial diferite, însă denotă un specific în cazul eșuării planului de reorganizare, în sensul următor:

- în privința creanțelor curente, accesoriile sunt datorate dacă și numai dacă (i) programul de plăți le prevede în mod expres, existând bineînțeles și documente din care acestea să rezulte și (ii) planul de reorganizare nu eșuează;

- aceeași ierarhie se păstrează și în prezent, în sensul în care accesoriile se calculează și se plătesc dacă și numai dacă au fost prevăzute în programul de plăți aferent planului de reorganizare, numai că, în ipoteza în care planul de reorganizare eșuează, acestea nu se mai reversează, astfel cum se întâmpla conform art. 41 alin. (3) ultima frază din Legea nr. 85/2006, ci se calculează până la data deschiderii procedurii de faliment.

3.12.2. Calificarea creanței bugetare, rezultate în urma unei inspecții fiscale, efectuate ulterior deschiderii procedurii de insolvență

28. În practică exista tendința creditorului fiscal de a proceda la înscrierea unei părți din creanța contribuabilului în tabelul preliminar, creanță care se putea „ajusta” în funcție de rezultatele unui control de fond ulterior deschiderii procedurii. Astfel de practici creau în multe cazuri instabilități în procedură, atât la nivelul deciziilor în adunarea

^[1] Rezerva provine din faptul că programul de plăți nu conține creanțele curente, ci doar pe cele anterioare deschiderii procedurii. Este adevărat și faptul că noul Cod al insolvenței a menționat, în plus, la elementele obligatorii ale planului de reorganizare, și modalitatea de achitare a creanțelor curente – art. 133 alin. (4) lit. e).

creditorilor, cât și raportat la faptul că restul creanței care se declara, ulterior întocmirii unui raport de inspecție fiscală, era solicitat cu titlu de „creanță curentă”, cu alte cuvinte, plătitibilă imediat, ceea ce genera, mai ales în procedurile de reorganizare, lipsa oricărei predicții rezonabile în privința programului de plăți și a fluxului de numerar.

Practica judecătorească^[1] a validat soluții prin care aceste creanțe, născute din rapoarte juridice derulate de către contribuabil anterior deschiderii procedurii, sunt considerate creanțe anterioare deschiderii procedurii, cu toate consecințele aferente.

Codul insolvenței a uniformizat constructiv aceste diferențe de interpretare, prin dispozițiile art. 102 alin. (1) teza finală: „Sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului. În termen de 60 de zile de la data publicării în Buletinul procedurilor de insolvență [a notificării privind deschiderea procedurii (n.n.)], organele de inspecție fiscală vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor Codul de procedură fiscală”.

Cu alte cuvinte, în materia insolvenței, raportul de inspecție fiscală nu are caracter constitutiv de drepturi, ci unul declarativ, raportat la acele creanțe născute din raporturile juridice anterioare deschiderii procedurii.

3.12.3. Situația creanței curente solicitate de Agenția SAPARD, urmare a declanșării stării de insolvență a debitorului

29. Contractele încheiate între Ministerul Agriculturii, Pădurilor și Dezvoltării Rurale, Agenția de Plăți pentru Dezvoltare Rurală și Pescuit, prin Programul SAPARD, și beneficiarii acestora, conțineau clauze de natură a certifica existența unei culpe contractuale în executare, pentru simplul fapt al accesării de către debitor a procedurii de insolvență – în procedura generală, cu intenție fermă de reorganizare.

Conform dispozițiilor art. 154¹ din Legea nr. 85/2006, reluate și în cadrul art. 341 din Codul insolvenței, se atestă faptul că: „Orice decăderi, limitări, interdicții ori altele asemenea instituite prin norme legale sau prevederi contractuale pentru cazul deschiderii procedurii de insolvență vor fi aplicabile doar de la data deschiderii falimentului. Dispozițiile contrare se abrogă”.

Deși contractul de finanțare nerambursabilă încheiat cu Agenția SAPARD se derula corect și fără incidente, în perioada de monitorizare, fără a exista o altă culpă decât simpla starea de observație sau, mai mult decât atât, procedura de reorganizare a debitorului, creditorul bugetar considera acest aspect ca fiind o culpă gravă în neexecutarea contractului, cu efectul solicitării unei creanțe curente, reprezentând întreaga finanțare acordată, la care se adăugau penalități, cu trecerea corelativă la faliment. Motivația autorității responsabile cu gestionarea fondurilor nerambursabile a fost în sensul că, indiferent de implementarea planului de reorganizare, acesta nu conduce la o redresare automată a activității.

^[1] C.A. Brașov, s. civ., dec. civ. nr. 743 din 6 aprilie 2012, nepublicată: „Susținerea că s-ar fi efectuat o inspecție fiscală ce ar fi determinat depășirea termenului nu prezintă nicio relevanță cât timp sumele sunt datorate cu aproape 4 ani înainte și deci raportul trebuia întocmit până la termenul limită. (...) Nu are relevanță data la care creanța a fost constatată, ci data la care obligațiile bugetare ar fi fost în mod legal datorate de debitoare. (...) Creanța nu poate fi considerată nici una curentă, nefiind născută în timpul procedurii sau în perioada de observație, ci anterior acestei etape, astfel că se impune soluția respingerii contestației”.

Confruntate cu astfel de situații, instanțele de judecată^[1] au pronunțat soluții prin care au considerat că: pe de o parte, nu s-a constatat printr-un înscris încălcarea contractului, iar, pe de altă parte, a fost statuat că, prin această măsură, autoritatea contractantă nu este cu nimic prejudiciată, pentru că în situația propunerii, admiterii și votării unui plan de reorganizare, administratorul judiciar va garanta în continuare îndeplinirea obligațiilor contractuale, fiind și în interesul debitoareii să fie astfel, iar abia în cazul în care s-ar deschide intrarea în faliment, fiind o creanță născută după data deschiderii procedurii, poate fi inclusă în tabelul suplimentar al creanțelor, conform art. 108 alin. (3) din Legea nr. 85/2006.

3.14. Întocmirea și afișarea tabelului definitiv consolidat

30. Conform pct. 68 al art. 5 din Codul insolvenței, „*tabelul definitiv consolidat de creanțe* cuprinde totalitatea creanțelor care figurează ca admise în tabelul definitiv de creanțe și cele din tabelul suplimentar necontestate, precum și cele rezultate în urma soluționării contestațiilor la tabelul suplimentar. În situația în care s-a dispus intrarea în faliment după confirmarea unui plan de reorganizare, tabelul definitiv consolidat va cuprinde: totalitatea creanțelor ce figurează ca admise în tabelul definitiv de creanțe, cele din tabelul suplimentar necontestate, cele rezultate în urma soluționării contestațiilor la tabelul suplimentar, din care se vor deduce sumele achitate pe parcursul derulării planului de reorganizare”.

Așadar, odată soluționate contestațiile la tabelul suplimentar, lichidatorul judiciar va proceda la întocmirea tabelului definitiv consolidat de creanțe, care va cuprinde toate creanțele debitorului; această obligație trebuie adusă la îndeplinire în termen de 30 zile de la expirarea unui termen de 45 de zile calculat de la data intrării în faliment, adică în 75 de zile de la data deschiderii procedurii de faliment (art. 146).

Tabelul definitiv consolidat de creanțe va arăta, așadar, care sunt sumele, prioritatea și situația fiecărei creanțe, beneficiară sau nu a vreunei cauze de preferință și va fi înregistrat la tribunal, în dosarul de faliment al debitorului. De la această dată, numai titularii creanțelor înregistrate în tabelul definitiv consolidat pot participa la distribuirea de sume în caz de faliment

Secțiunea a 2-a. Măsurile premergătoare lichidării averii debitorului

§1. Predarea gestiunii averii debitorului

31. În conformitate cu dispozițiile art. 145 alin. (2) lit. d) și e) din Codul insolvenței [corespondentul art. 107 alin. (2) lit. d) și e) din Legea nr. 85/2006], prin hotărârea prin care se decide intrarea în faliment, judecătorul-sindic stabilește (i) termenul maxim de la intrarea în faliment, în cadrul procedurii generale, de predare a gestiunii averii de la debitor/administratorul judiciar către lichidatorul judiciar, împreună cu lista actelor și operațiunilor efectuate după deschiderea procedurii prevăzute la art. 84 alin. (2) [corespondentul art. 46 alin. (2) din Legea nr. 85/2006] și (ii) dispune întocmirea de către admi-

^[1] Trib. Tulcea, s. civ., com., cont. adm., sent. civ. nr. 154 din 25 ianuarie 2010, irevocabilă prin nerecurare, nepublicată. În același sens, C.A. Ploiești, dec. nr. 15559 din 7 octombrie 2010, nepublicată, Trib. Constanța, sent. civ. nr. 2629 din 26 octombrie 2010, nepublicată.

nistratorul judiciar și predarea către lichidatorul judiciar, în termen de maximum 5 zile de la intrarea în faliment, în cadrul procedurii generale, a unei liste cuprinzând numele și adresele creditorilor și toate creanțele acestora la data intrării în faliment, cu indicarea celor născute după deschiderea procedurii, a tabelului definitiv al creanțelor și a oricăror alte tabele întocmite în procedură, a oricăror rapoarte de distribuție, a listei actelor și operațiunilor efectuate după data deschiderii procedurii. Această obligație revine administratorului special, cu avizul administratorului judiciar, dacă, până la data deschiderii procedurii falimentului, nu a fost ridicat dreptul de administrare.

Predarea averii debitorului vizează totalitatea bunurilor aflate în patrimoniul acestuia, precum și toate înscrisurile constatatoare ale drepturilor și obligațiilor debitorului, precum și celelalte acte ale debitorului (acte contabile, tabelul definitiv al creanțelor, oricare alte tabele întocmite în procedură, oricare rapoarte de distribuție, lista actelor și operațiunilor efectuate după data deschiderii procedurii etc.) deținute de administratorul judiciar sau de administratorul special dacă, până la data deschiderii procedurii falimentului, nu a fost ridicat dreptul de administrare.

Raportat la dispozițiile art. 152 din Codul insolvenței, care stabilesc că, pe măsura preluării lor, lichidatorul judiciar devine depozitarul judiciar al bunurilor din averea debitorului credem că este dificil de susținut că natura juridică a gestiunii averii este aceea a administrării bunurilor altuia. Articolul 792 NCC stabilește că izvorul administrării bunurilor altuia poate fi doar *convenția* sau *legatul*. Or, lichidatorul judiciar are un mandat *judiciar*, nu unul convențional sau testamentar. Nici Codul insolvenței și nici Legea nr. 85/2006 nu conțin vreo definiție a noțiunii juridice de „gestiune a averii debitorului” și nici nu stabilesc drepturile și obligațiile care intră în conținutul acestei noțiuni.

32. Noțiunea este preluată din terminologia juridică franceză – „*gestion du patrimoine du debiteur*”, unde are semnificația de „administrare a patrimoniului (sau averii) debitorului”. Codul comercial francez nu folosește, *expressis verbis*, acest termen, însă cuprinde dispoziții referitoare la „gestiune” cu privire la administrarea debitorului însuși^[1]. Potrivit dispozițiilor cuprinse în art. L622-1 din Codul comercial francez, „misiunea” administratorului judiciar presupune supravegherea și asistarea debitorului în ceea ce privește o parte sau totalitatea actelor sale de „gestiune”. Deschiderea procedurii de lichidare judiciară, guvernată de dispozițiile art. L640-1 din Codul comercial francez, atrage ridicarea de drept a dreptului debitorului de a-și administra averea, atribuțiile de gestionare a averii debitorului revenind astfel lichidatorului judiciar.

Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice definește „gestiunea” prin descrierea atribuțiilor „gestionarului”. În conformitate cu prevederile art. 1 și 2 din acest act normativ, „gestionar, în înțelesul prezentei legi, este acel angajat (...) care are ca atribuții principale de serviciu primirea, păstrarea și eliberarea de bunuri aflate în administrarea, folosința sau deținerea, chiar temporară”, a unei persoane juridice, indiferent de modul de dobândire și de locul unde se află bunurile. Sunt considerate bunuri, în sensul prezentei legi, bunurile materiale, mijloacele bănești sau orice alte valori”.

[1] Code du commerce, art. L622-1, I. L'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant. II. Lorsque le tribunal, en application des dispositions de l'article L. 621-4, désigne un ou plusieurs administrateurs, il les charge ensemble ou séparément de surveiller le débiteur dans sa *gestion* ou de l'assister pour tous les actes de gestion ou pour certains d'entre eux.

33. Definiția „gestiunii” din Legea nr. 22/1969 nu este, în mod evident, aplicabilă „gestiunii averii debitorului”, deoarece lichidatorul judiciar nu are calitatea de angajat al debitorului, iar atribuțiile sale nu sunt subordonate interesului debitorului, ci realizării scopului procedurii. Atribuțiile lichidatorului judiciar nu pot fi limitate la „primirea, păstrarea și eliberarea” bunurilor din averea debitorului, ci, așa cum se va arăta în continuare, lichidatorul judiciar, pe lângă depozitarea bunurilor din averea debitorului, îndeplinește un mandat judiciar cu un conținut bine determinat prin lege – lichidarea bunurilor din averea debitorului în vederea plății creanțelor înscrise la masa credală.

Pornind de la dispozițiile art. 152 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 114 alin. (2) din Legea nr. 85/2006], o primă opinie care a fost avansată a fost aceea a naturii juridice de sechestru judiciar a gestiunii averii debitorului, sechestru judiciar guvernat de art. 2143 NCC și de celelalte dispoziții din materia contractului de depozit. Art. 2143 NCC conține o trimitere explicită la prevederile noului Cod de procedură civilă (art. 971- art. 976). Atât dispozițiile noului Cod civil, cât și cele ale noului Cod de procedură civilă referitoare la sechestrul judiciar și la depozit, își vor găsi aplicabilitatea în procedura falimentului doar în măsura compatibilității lor cu această procedură. Dat fiind faptul că, spre deosebire de cauza contractului de depozit, care este conservarea bunului depozitat de către depozitar până la restituirea sa către deponent, scopul procedurii falimentului este acela de realizare a creanțelor înscrise la masa credală prin lichidarea bunurilor din averea debitorului, cea mai mare parte a dispozițiilor referitoare la drepturile și obligațiile depozitarului sau ale administratorului sechestru sunt inaplicabile în procedura falimentului.

Potrivit unei a doua opinii, natura juridică a gestiunii averii debitorului este aceea a *administrării bunurilor altuia*, guvernată de dispozițiile art. 792 și urm. NCC. Această opinie propune o interpretare extensivă a dispozițiilor art. 792 alin. (1) NCC, care prevăd că dobândirea calității de administrator al bunurilor altuia poate avea ca izvor convenția sau legatul, în sensul că și mandatul judiciar al administratorului/lichidatorului judiciar poate fi asimilat unei administrări a bunurilor altuia. Desigur, date fiind atribuțiile lichidatorului judiciar, este vorba despre o administrare deplină, care nu va exercitată în interesul debitorului, ci în interesul realizării scopului procedurii, menționat în aliniatul anterior. În consecință, în conformitate cu art. 342 din Codul insolvenței [echivalentul art. 149 din Legea nr. 85/2006] și dispozițiile noului Cod civil referitoare la drepturile și obligațiile administratorului bunurilor altuia vor fi, în mare parte, inaplicabile în procedura falimentului.

34. Așa cum s-a arătat mai sus, prin hotărârea de trecere a debitorului în faliment din procedura generală sau din cea simplificată, lichidatorul este mandatat de judecătorul-sindic să preia în depozit toate bunurile debitorului, devenind, din punct de vedere juridic, depozitarul lor judiciar, conform art. 152 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 114 alin. (2) din Legea nr. 85/2006].

Cu toate acestea, *mandatul judiciar* instituit prin hotărârea de trecere a debitorului în faliment nu conferă lichidatorului alte drepturi decât cele care îi sunt recunoscute de lege, respectiv de art. 64 din Codul insolvenței [corespondentul art. 25 din Legea nr. 85/2006]. Astfel cum s-a stabilit în practica judiciară^[1], „Lichidatorul nu poate să

^[1] Trib. Bihor, sent. nr. 694/F/12 septembrie 2009, în Procedura insolvenței – Culegere de practică judiciară 2006-2009, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 495-497. Sentința a fost menținută prin C.A. Oradea dec. nr. 13/C din 22 ianuarie 2009.

efectueze decât actele prevăzute de art. 25 din Legea nr. 85/2006, care enumeră atribuțiile sale, precum și cele prevăzute de textele speciale (...). Lichidatorul care a efectuat (el însuși – *s.n.*) evacuarea unui terț dintr-un imobil aparținând averii debitorului, în baza unei hotărâri de evacuare, și-a depășit atribuțiile conferite de lege, având doar competența, în condițiile art. 371 CPC (din 1865 – *s.n.*) să se adreseze, în calitate de creditor al obligației, unui executor judecătoresc pentru punerea în executare a titlului¹⁾. În același sens, s-a reținut în practica judiciară¹⁾ că „lichidatorul are, potrivit art. 114 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 152 din Codul insolvenței – *s.n.*), obligația să inventarieze bunurile și să le ia în posesie. În situația în care se refuză predarea bunurilor pentru a se proceda la inventarierea lor, devin aplicabile dispozițiile art. 581 CPC (din 1865, corespondentul art. 996 – *s.n.*) care îngăduie judecătorului-sindic să ordone măsurile ce se impun pentru readucerea bunului în averea debitorului”.

Chiar dacă împărtășim pe deplin poziția Curții de Apel Ploiești, în sensul că lichidatorul nu poate prelua, prin forțele sale proprii, bunurile debitorului aflate în posesia, detenția precară sau chiar deținerea nelegitimă a unui terț, nu putem fi de acord cu acele considerente ale instanței referitoare la competența judecătorului-sindic de a soluționa o eventuală cerere a lichidatorului de pronunțare a unei *ordonanțe președințiale* prin care să se dispună măsurile ce se impun pentru readucerea bunurilor respective în averea debitorului. Lăsând la o parte orice discuții despre admisibilitatea unui asemenea demers judiciar din perspectiva condiției *vremelnice*, apreciem că instanța competentă să soluționeze un asemenea litigiu este cea prevăzută de dreptul comun, iar nu judecătorul-sindic. O asemenea competență nu este prevăzută expres de alin. (1) al art. 45 din Codul insolvenței (corespondentul art. 11 din Legea nr. 85/2006), iar potrivit alin. (2) al aceluiași articol, atribuțiile judecătorului-sindic sunt limitate la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului judiciar și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței. Atribuțiile manageriale aparțin administratorului judiciar ori lichidatorului judiciar sau, în mod excepțional, debitorului, dacă acestuia nu i s-a ridicat dreptul de a-și administra averea. Or, judecarea unei atare cereri de pronunțare a unei *ordonanțe președințiale* excede în mod vădit limitelor controlului judiciar al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului judiciar și proceselor și cererilor de natură judiciară aferente procedurii insolvenței.

35. Problema delimitării competenței judecătorului-sindic de cea a jurisdicției comerciale de drept comun a dat naștere unor controverse în practica judiciară. Înalta Curte de Casație și Justiție, analizând recursul în interesul legii, a reținut în considerentele deciziei nr. 5 din 19 ianuarie 2009, că „Prin sintagma *«procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței»* legiuitorul a avut în vedere toate acele cereri și procese care decurg din măsurile dispuse în cursul procedurii insolvenței. Având în vedere multitudinea activităților specifice procedurii insolvenței, este imposibilă stabilirea concretă a tuturor operațiunilor ce au loc pe parcursul desfășurării insolvenței, întrucât acestea variază de la o situație juridică la alta sau de la un debitor la altul. Astfel, soluția aleasă de legiuitor este, pe de o parte, exhaustivă, în sensul că nu limitează atribuțiile judecătorului-sindic numai la cazurile concrete enumerate în alin. (1) al art. 11 din lege, ci are în vedere și controlul tuturor operațiunilor și actelor săvârșite de către administratorul

¹⁾ C.A. Ploiești, s. civ., cont. adm. și fisc., dec. nr. 517 din 23 martie 2010, în *N. Tândăreanu*, Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006. Comentarii, doctrină, jurisprudență, Ed. Universul juridic, București, 2012, p. 352.

judiciar, lichidator, debitori și alți participanți la desfășurarea procedurii precum și litigiile, procesele și cererile ce au legătură directă cu insolvența și sunt prevăzute de Legea nr. 85/2006. În același timp, însă, această soluție legislativă este și restrictivă, în sensul că judecătorul-sindic nu are atribuții în soluționarea unei cereri ori acțiuni ce transcede procedurii insolvenței, respectiv realizarea unui drept, o pretenție, somație de plată, ori recuperarea unei creanțe, operațiuni care nu sunt prevăzute în mod expres de Legea nr. 85/2006, fiind reglementate prin dispozițiile dreptului comun și aparținând competenței judecătorului de fond”.

Având în vedere faptul că dispozițiile art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței conțin prevederi identice – ca structura – cu cele din cuprinsul art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, apreciem că aceasta concluzie a instanței supreme rămâne pe deplin aplicabilă și sub imperiul Codului insolvenței.

§2. Sigilarea bunurilor din averea debitorului

36. Coroborând prevederile art. 145 alin. (2) lit. d) și e) din Codul insolvenței [corespondentul art. 107 alin. (2) lit. d) și e) din Legea nr. 85/2006] cu cele cuprinse în art. 151 alin. (1)-(3) din Codul insolvenței [corespondentul art. 113 alin. (1)-(3) din Legea nr. 85/2006], rezultă că operațiunile de predare a gestiunii averii debitorului sunt concomitente cu cele de sigilare a bunurilor aflate în averea debitorului. De altfel, în practică, dispozițiile de predare a gestiunii averii debitorului și de efectuare a sigilării bunurilor acestuia se regăsesc în cuprinsul aceleiași hotărâri de trecere a debitorului în faliment din procedura generală. Din modul de redactare a art. 151 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 113 alin. (1) din Legea nr. 85/2006] rezultă că obligația lichidatorului de sigilare a bunurilor aflate în averea debitorului este una *legală și imperativă*, iar nu judiciară, astfel încât eventuala omisiune a judecătorului-sindic de a dispune sigilarea bunurilor din averea debitorului nu justifică omisiunea corelativă a lichidatorului judiciar de luare a acestei măsuri.

Vor fi sigilate: magazinele, magazinele, depozitele, birourile, corespondența comercială, arhiva, dispozitivele de stocare și prelucrare a informației, contractele, mărfurile și orice alte bunuri mobile aparținând averii debitorului. Nu vor fi puse sub sigilii: obiectele care vor trebui valorificate de urgență pentru a se evita deteriorarea lor materială sau pierderea din valoare; registrele de contabilitate; cambiile și alte titluri de valoare scadente sau care urmează a fi scadente în scurt timp, precum și acțiunile ori alte titluri de participație ale debitorului, care vor fi preluate de lichidatorul judiciar pentru a fi încasate sau pentru a efectua activitățile de conservare necesare; numerarul pe care lichidatorul judiciar îl va depune în bancă în contul averii debitorului. În timpul acțiunii de sigilare, lichidatorul judiciar va lua măsurile necesare pentru conservarea bunurilor.

Conform unei practici judiciare contemporane Codicelui de comerț din 1887^[1], dar care își păstrează aplicabilitatea pe deplin și în prezent, „În caz de falimentul unei societăți în nume colectiv, sigiliile trebuiesc puse, atât la sediul societății, cât și separat la fiecare dintre asociați; asemenea și asociaților comanditați ai societății în comandită”.

În ceea ce privește caracterul enumerării din cuprinsul art. 151 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 113 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], aceeași practică

^[1] G.T. Pallade, Codul falimentelor adnotat cu doctrina și jurisprudența română, italiană, franceză și belgiană, Tipografia H. Goldner, Iași, 1912, p. 211.

contemporană Codicelui de comerț din 1887^[1] stabilea că „Menționarea obiectelor pe cari urmează a se aplica sigiliile nu este limitativă, nici chiar enunțiativă, ea e numai indicativă, atrăgând atenția sindicului^[2], ce este mai importat de sigilat la falit. Este liber sindicul a aplica sigilii pe ori ce avere care va crede că aparține falitului (...). Enumerațiunea din art. 744 [corespondentul din Codicele de comerț din 1887 al art. 151 alin. (1) din Legea nr. 85/2014] nu este irevocabilă, ci numai demonstrativă; și este specialmente demonstrativă în ce privește registrele și celelalte hîrtii ale falitului, căci în ce privește lucrările falimentului se pot consulta și cerceta ori ce fel de registre și hîrtii ale falitului (...).”

Desigur, în ipoteza în care un bun aparținând unui terț ar fi sigilat și inventariat ca aparținând averii debitorului, terțului îi rămâne deschisă calea contestației împotriva măsurii lichidatorului judiciar, prevăzută de art. 59 alin. (5) din Codul insolvenței, în termen de 7 zile de la *publicarea extrasului* raportului de activitate în Buletinul procedurilor de insolvență [corespondentul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, care prevede un termen de 3 zile, însă de la *depunerea* la dosar a raportului de activitate]. În ipoteza neexercitării acestui drept în termenul special prevăzut de Codul insolvenței, terțului îi rămân deschise remediile prevăzute de dreptul comun (acțiunea posesorie și acțiunea în revendicare).

§3. Inventarierea bunurilor din averea debitorului

37. Alineatul (1) al art. 151 din Codul insolvenței [corespondentul art. 113 alin. (1) din Legea nr. 85/2006] impune efectuarea unui alt demers, concomitent cu sigilarea, și anume *inventarierea bunurilor debitorului*.

În situația prevăzută de art. 93 din Codul insolvenței [corespondentul art. 55 din Legea nr. 85/2006] – nepredarea de către debitor a actelor prevăzute de art. art. 67 alin. (1) lit. b)-f) și l) [corespondentul art. 28 alin. (1) lit. b)-e) și i) din Legea nr. 85/2006] – inventarierea se va realiza după obținerea relațiilor scrise privind situația bunurilor debitorului. Dacă în urma demersurilor efectuate potrivit prevederilor art. 94-96 din Codul insolvenței [corespondentul art. 56-58 din Legea nr. 85/2006], administratorul judiciar nu a identificat niciun bun, inventarul se încheie pe baza comunicărilor scrise transmise de autoritățile relevante.

În conformitate cu dispozițiile art. 93-94 din Codul insolvenței (corespondentul art. 55-56 din Legea nr. 85/2006), în cazul în care documentele prevăzute la art. 67 alin. (1) lit. b)-f) și l) din Codul insolvenței [corespondentul art. 28 alin. (1) lit. b)-e) și i) din Legea nr. 85/2006] nu sunt prezentate de către debitor, lichidatorul judiciar desemnat va reconstitui, în măsura posibilului, acele documente, cheltuielile astfel efectuate urmând a fi suportate din averea debitorului. Pentru celeritatea procedurii de insolvență, instanța poate stabili, pentru creditorul care a solicitat deschiderea procedurii de insolvență sau administratorul judiciar desemnat, îndatoriri în ceea ce privește prezentarea probelor cu înscrisuri, relații scrise; aceasta poate solicita la interogatoriu persoanele identificate ca făcând parte din conducerea societății, poate solicita asistența și concursul acestora la efectuarea actelor de procedură, precum și orice alte demersuri necesare soluționării cauzei.

^[1] *Idem*, p. 211-212.

^[2] Atribuțiile judecătorului-sindic menționate în lucrarea respectivă aparțin, în prezent, administratorului judiciar/lichidatorului judiciar (n.n.).

În practică, în situația *ridicării dreptului de administrare al debitorului*, administratorul judiciar sau lichidatorul va proceda, de îndată după predarea gestiunii averii debitorului, la inventarierea activului și pasivului, fără a aștepta trecerea debitorului la faliment. Explicația este simplă și rezidă în interesul tuturor participanților la procedură de a cunoaște, în detaliu, activul și pasivul averii debitorului, de care depind, între altele: modul de înscriere în tabel a creanțelor care beneficiază de o cauză de preferință, analiza viabilității planului de reorganizare, chiar și nivelul remunerației administratorului judiciar/lichidatorului etc.

În ipoteza în care ridicarea dreptului de administrare al debitorului este dispusă abia prin hotărârea de trecere a debitorului în faliment, inventarierea bunurilor debitorului se va efectua – cu titlu de a doua inventariere^[1] [ulterioară aceleia efectuată, în condițiile art. 101 alin. (1) din Codul insolvenței, de către administratorul judiciar] – de către lichidator în condițiile art. 151 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 113 alin. (2) din Legea nr. 85/2006].

38. Spre deosebire de prevederile art. 101 alin. (1) din Codul insolvenței, care stabilesc obligația administratorului judiciar de a efectua, în termen de 60 de zile de la data deschiderii procedurii, procedura de inventariere a bunurilor din averea debitorului, pe baza informațiilor primite de la debitor, în condițiile art. 67 sau 74 din Codul insolvenței și/sau pe baza oricăror informații și documente solicitate autorităților competente potrivit legii, cu posibilitatea prelungirii lui de către judecătorul-sindic la cererea administratorului judiciar, pentru motive temeinice, dispozițiile secțiunii a 7-a din Codul insolvenței, referitoare la faliment, nu prevăd un termen determinat înăuntrul căruia lichidatorul va efectua inventarul bunurilor debitorului, ci instituie un termen determinabil – „*în cel mai scurt timp posibil*”.

Astfel, potrivit art. 152 alin. (1), teza a II-a din Codul insolvenței [corespondentul art. 114 alin. (1), teza a II-a din Legea nr. 85/2006], dacă averea debitorului nu poate fi inventariată complet *într-o singură zi*, se vor aplica sigilii asupra tuturor bunurilor din averea debitorului și se va proceda la inventariere *în cel mai scurt timp posibil*. Desigur, respectarea de către lichidatorul judiciar a acestui termen cu ocazia efectuării inventarierii reprezintă o chestiune care poate fi cenzurată de judecătorul-sindic, din oficiu, în condițiile art. 59 alin. (3) din Codul insolvenței, sau pe calea unei cereri formulate de participanții la procedură nemulțumiți de celeritatea desfășurării inventarierii, în condițiile prevăzute de art. 59 alin. (4) din Codul insolvenței^[2]. Aceste prevederi legale din Codul insolvenței nu au corespondent în Legea nr. 85/2006.

A fost avansată și o altă interpretare a dispozițiilor art. 152 alin. (1), teza a II-a din Codul insolvenței [corespondentul art. 114 alin. (1), teza a II-a din Legea nr. 85/2006], apreciindu-se că, în realitate, sintagma „*în cel mai scurt timp posibil*” nu instituie un

^[1] Dispozițiile art. 101 alin. (1) din Codul insolvenței reprezintă un element de noutate, stabilind, alături de art. 58 alin. (1) lit. o), atribuția de inventariere și în sarcina administratorului judiciar. În forma Legii nr. 85/2006, inventarierea apare menționată ca fiind necesar a fi efectuată doar în sarcina lichidatorului judiciar [art. 18 alin. (2) lit. f), art. 25 lit. d), art. 113-116 din Legea nr. 85/2006].

^[2] Art. 59 alin. (3): „La fiecare 120 de zile, judecătorul-sindic va analiza și se va pronunța asupra stadiului continuării procedurii, printr-o rezoluție, prin care va putea pune în sarcina administratorului judiciar anumite măsuri și va acorda un termen administrativ de control sau de judecată, după caz”. Art. 59 alin. (4): „În ipoteza în care există cereri cu caracter contencios sau necontencios, precum și în ipoteza în care judecătorul-sindic consideră necesar, acesta va dispune citarea de urgență a persoanelor interesate și a administratorului judiciar, pentru soluționarea cererilor sau pentru dispunerea măsurilor care se impun”.

termen. În consecință, pentru identitate de rațiune, s-a apreciat că sunt aplicabile și în cazul falimentului dispozițiile art. 101 alin. (1) din Codul insolvenței, care prevăd obligația administratorului judiciar de a efectua, în termen de 60 de zile de la data deschiderii procedurii, procedura de inventariere a bunurilor din averea debitorului, pe baza informațiilor primite de la debitor, în condițiile art. 67 sau 74 din Codul insolvenței și/sau pe baza oricăror informații și documente solicitate autorităților competente potrivit legii. Termenul de 60 de zile poate fi prelungit la cererea administratorului judiciar [respectiv a lichidatorului judiciar (s.n.)], pentru motive temeinice, de către judecătorul-sindic.

Ne raliem primei interpretări, care califică sintagma „*în cel mai scurt termen posibil*” drept termen *determinabil*. Un argument suplimentar în favoarea acestei opinii se desprinde din analiza dispozițiilor art. 101 din Codul insolvenței, unde alin. (1), care cuprinde termenul de 60 de zile de la deschiderea procedurii, face referire doar la administratorul judiciar, în timp ce alin. (2), care nu cuprinde niciun termen și nici nu trimite la termenul din alineatul anterior, se referă atât la administratorul judiciar, cât și la lichidatorul judiciar. Mai mult, art. 59 din Codul insolvenței (aplicabil atât activității administratorului judiciar, cât și activității lichidatorului judiciar), prevede că rapoartele trebuie să conțină informații despre „*stadiul inventarierii*”, dacă este cazul, noțiune care trimite, implicit, la o operațiune cu o anumită durată în timp, deci cu un anumit termen. Or, dacă în procedura falimentului nu ar exista un termen separat pentru inventariere, dispozițiile art. 59 din Codul insolvenței referitoare la stadiul inventarierii ar fi lipsite de sens.

39. Revenind la dispozițiile art. 152 alin. (1) teza a II-a din Codul insolvenței [corespondentul art. 114 alin. (1), teza a II-a din Legea nr. 85/2006], acestea prevăd faptul că, dacă *administratorul special* nu se va prezenta la operațiunea de inventariere, acesta nu va putea contesta datele din inventar.

Din interpretarea acestor norme rezultă, în primul rând, că rămâne la facultatea judecătorului-sindic să dispună prezentarea administratorului special la efectuarea inventarului, iar, în absența unei astfel de dispoziții, convocarea administratorului special pentru semnarea inventarului rămâne la opțiunea lichidatorului judiciar. Doar în ipoteza în care judecătorul-sindic a dispus prezentarea administratorului judiciar la efectuarea inventarului, iar acesta nu se prezintă în mod culpabil, el nu va putea contesta datele din inventar. *Per a contrario*, în orice altă situație, administratorul special va putea contesta datele din inventar, pe calea prevăzută de art. 59 alin. (5) din Codul insolvenței, adică în termen de 7 zile de la publicarea extrasului raportului de activitate în BPI [corespondentul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, care prevede un termen de 3 zile de la depunerea la dosar a raportului de activitate]. În același sens, în situația în care judecătorul-sindic dispune prezentarea administratorului special la efectuarea inventarului, iar inventarul este întocmit în absența neculpabilă a administratorului special, sancțiunea care intervine nu este nulitatea actului procedural al inventarierii, ci administratorului special i se deschide calea contestației în aceleași condiții procedurale mai sus arătate.

Potrivit prevederilor art. 153 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 115 alin. (2) din Legea nr. 85/2006], *actul de inventar va fi semnat* de lichidatorul judiciar și de administratorul special, iar dacă acesta nu participă la inventariere, numai de către lichidatorul judiciar. Fiind o condiție de formă, lipsa semnăturii lichidatorului judiciar de pe actul de inventariere, întocmit de chiar lichidatorul judiciar, atrage nulitatea acestuia.

Dacă semnătura lichidatorului judiciar nu poate lipsi de pe actul de inventariere, în practică pot apărea situații în care administratorul special refuză semnarea actului de

inventariere (de exemplu, nu este de acord cu identificarea anumitor bunuri sau susține că anumite bunuri nu aparțin societății, ci unor terți). În opinia noastră, o atare conduită omisivă a administratorului special nu poate atrage nulitatea actului de inventariere, în măsura în care lichidatorul judiciar menționează această împrejurare în chiar cuprinsul actului de inventariere, suplinind astfel condiția de formă a semnării actului de inventar de către administratorul special.

Din perspectivă juridică, în conformitate cu art. 153 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 115 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], inventarul trebuie să descrie toate bunurile identificate ale debitorului. Din perspectivă contabilă, în conformitate cu pct. 1 alin. (2) din Normele privind organizarea și efectuarea inventarierii elementelor de natura activelor, datoriilor și capitalurilor proprii aprobate prin O.M.F.P. nr. 2861/2009, inventarierea are ca scop principal stabilirea situației reale a tuturor elementelor de natura activelor, datoriilor și capitalurilor proprii ale fiecărei entități, precum și a bunurilor și valorilor deținute cu orice titlu, aparținând altor persoane juridice sau fizice, în vederea întocmirii situațiilor financiare anuale care trebuie să ofere o imagine fidelă a poziției financiare și a performanței entității pentru respectivul exercițiu financiar.

40. În conformitate cu pct. 5 din Normele aprobate prin O.M.F.P. nr. 2861/2009, „răspunderea pentru buna organizare a lucrărilor de inventariere, potrivit prevederilor Legii nr. 82/1991, republicată, și în conformitate cu reglementările contabile aplicabile, revine administratorului, ordonatorului de credite sau altei persoane care are obligația gestionării entității. În vederea efectuării inventarierii, aceste persoane aprobă proceduri scrise, adaptate specificului activității, pe care le transmit comisiilor de inventariere”. Desigur, în procedura falimentului această *răspundere revine lichidatorului judiciar*.

Având în vedere scopul procedurii falimentului, și anume realizarea creanțelor înscrise la masa credală prin lichidarea bunurilor din averea debitorului, în cadrul acestor proceduri gestiunile vor fi comasate, iar gestionarii sunt disponibilizați. În consecință, predarea-primirea gestiunilor de la gestionari la lichidator presupune o inventariere minuțioasă și exhaustivă, precum și stabilirea răspunderii pentru eventualele lipsuri în gestiune. Corelativ, durata acestor operațiuni va fi cu atât mai mare cu cât gestiunile și bunurile aflate în aceste gestiuni sunt mai numeroase, constituind un factor obiectiv care influențează durata inventarierii.

În conformitate cu pct. 6 din O.M.F.P. nr. 2861/2009 inventarierea elementelor de natura activelor, datoriilor și capitalurilor proprii se efectuează de către *comisii de inventariere*, numite prin decizie scrisă, emisă de persoanele prevăzute la pct. 5 – în cazul falimentului de către lichidatorul judiciar. În decizia de numire se menționează în mod obligatoriu componența comisiei (numele președintelui și membrilor comisiei), modul de efectuare a inventarierii, metoda de inventariere utilizată, gestiunea supusă inventarierii, data de începere și de terminare a operațiunilor. Pentru desfășurarea în bune condiții a operațiunilor de inventariere, în comisii de inventariere vor fi numite persoane cu pregătire corespunzătoare economică și tehnică, care să asigure efectuarea corectă și la timp a inventarierii elementelor de natura activelor, datoriilor și capitalurilor proprii, inclusiv evaluarea lor conform reglementărilor contabile aplicabile. Din comisia de inventariere nu pot face parte gestionarii depozitelor supuse inventarierii, contabilii care țin evidența gestiunii respective și nici auditorii interni sau statutari.

Potrivit pct. 39-40 din O.M.F.P. nr. 2861/2009, pentru toate plusurile, lipsurile și deprecierea constatate la bunuri, precum și pentru pagubele determinate de expirarea ter-

menelor de prescripție a creanțelor sau din alte cauze, comisia de inventariere solicită explicații scrise de la persoanele care au răspunderea gestionării bunurilor, respectiv a urmăririi decontării creanțelor. Pe baza explicațiilor primite și a documentelor analizate, comisia de inventariere stabilește natura lipsurilor, pierderilor, pagubelor și deprecierilor constatate, precum și natura plusurilor, propunând, în conformitate cu dispozițiile legale, modul de regularizare a diferențelor dintre datele din contabilitate și cele faptice, rezultate în urma inventarierii.

În situația constatării unor plusuri în gestiune, bunurile respective se evaluează potrivit reglementărilor contabile aplicabile.

În cazul constatării unor lipsuri imputabile în gestiune, lichidatorul judiciar trebuie să le impute persoanelor vinovate bunurile lipsă la valoarea lor de înlocuire. Prin valoare de înlocuire, se înțelege costul de achiziție al unui bun cu caracteristici și grad de uzură similare celui lipsă în gestiune la data constatării pagubei, care cuprinde prețul de cumpărare practicat pe piață, la care se adaugă taxele nerecuperabile, inclusiv TVA, cheltuielile de transport, aprovizionare și alte cheltuieli, accesorii necesare pentru punerea în stare de utilitate sau pentru intrarea în gestiune a bunului respectiv. În cazul bunurilor constatate lipsă, ce urmează a fi imputate, care nu pot fi cumpărate de pe piață, valoarea de imputare se stabilește de către o comisie formată din specialiști în domeniul respectiv.

41. O categorie aparte de bunuri care se regăsesc în mod frecvent în gestiunilor debitorilor față de care s-a deschis procedura falimentului este aceea a *bunurilor «DE»* (declassate, defecte, descompletate, dezmembrate, deteriorate etc.) Aceste bunuri prezintă particularitatea că necesită o examinare mult mai atentă comparativ cu un bun în stare de funcționare, deoarece descrierea stării sale fizice trebuie să fie în concordanță cu rezultatul evaluării. Pentru bunurile scoase din funcțiune, inventarierea trebuie să descrie ce reparații sunt necesare, ce componente lipsesc etc., chiar și pentru a putea înscrie acel bun cu o anumită denumire în lista de inventariere. Sunt frecvente cazurile în care la inventar se identifică bunuri fabricate prin improvizații, din alte bunuri existente și care nu pot fi nici măcar încadrate într-o anumită categorie. Apreciem că acestor bunuri le este aplicabil pct. 38 din O.M.F.P. nr. 2861/2009, care prevede că pentru elementele de natura activelor la care s-au constatat deprecieri, pe baza listelor de inventariere întocmite distinct, comisia de inventariere face propuneri de ajustări pentru depreciere sau ajustări pentru pierdere de valoare, după caz, ori de înregistrare a unor amortizări suplimentare (pentru deprecierea ireversibilă ale imobilizărilor amortizabile), acolo unde este cazul, arătând totodată cauzele care au determinat aceste deprecieri.

§4. Conservarea bunurilor din averea debitorului

42. În conformitate cu dispozițiile art. 153 alin. (3) din Codul insolvenței [corespondentul art. 115 alin. (3) din Legea nr. 85/2006], în vederea conservării patrimoniului, în cazul în care în averea debitorului nu există suficiente lichidități, lichidatorul judiciar va putea valorifica de urgență bunuri ale debitorului, cu prioritate pe cele asupra cărora nu există cauze de preferință, pentru obținerea acestor lichidități, fără aprobarea creditorilor. Valorificarea se va efectua prin licitație publică, după evaluarea prealabilă, pornind de la valoarea de lichidare indicată de evaluator.

Conservarea patrimoniului debitorului reprezintă ansamblul de măsuri (acte și fapte juridice) pe care lichidatorul judiciar este obligat să le realizeze pentru a evita pierderea

drepturilor patrimoniale care se află deja în averea debitorului sau care pot fi (re)aduse în averea acestuia. Intră în această categorie: notarea în cartea funciară sau în arhiva electronică de garanții reale mobiliare a unor ipoteci sau a indisponibilizării unor bunuri, emiterea de somații pentru a întrerupe termenele de prescripție a drepturilor la acțiune în sens material, luarea unor măsuri de asigurare a pazei materiale a unor bunuri, valorificarea imediată a mărfurilor perisabile sau care își pierd din valoare prin trecerea timpului etc.

Astfel cum rezultă din teza I a art. 153 alin. (3) din Codul insolvenței [corespondentul art. 115 alin. (3) din Legea nr. 85/2006], în situația în care în averea debitorului nu există suficiente lichidități, lichidatorul judiciar va putea valorifica de urgență bunuri ale debitorului, cu prioritate pe cele asupra cărora nu există cauze de preferință, pentru obținerea acestor lichidități, fără aprobarea creditorilor. Textul legal este neechivoc în sensul că lichidatorul judiciar nu are nevoie de aprobarea creditorilor pentru a lua această măsură de valorificare de urgență a bunurilor debitorului pentru a asigura lichiditățile necesare conservării patrimoniului debitorului. Fiind o atribuție managerială a lichidatorului, în conformitate cu art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006], *a fortiori*, acesta nu are nevoie nici de aprobarea judecătorului-sindic pentru a efectua valorificarea respectivă, atribuțiile judecătorului-sindic fiind limitate la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului judiciar și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței.

Desigur, însă, actele lichidatorului judiciar întocmite în exercitarea acestei atribuții de valorificare urgentă a unor bunuri din averea debitorului pot fi atacate de orice persoană care se consideră vătămată în condițiile art. 59 alin. (5) din Codul insolvenței, în termen de 7 zile de la publicarea extrasului raportului de activitate în BPI [corespondentul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, care prevede un termen de 3 zile de la depunerea la dosar a raportului de activitate]. Dacă *oportunitatea* acestui demers nu poate fi controlată de către judecătorul-sindic, acesta are însă competența de a verifica respectarea condițiilor de legalitate ale valorificării în regim de urgență a bunurilor debitorului. În acest context, chiar dacă legea nu impune în mod expres întocmirea unui act justificativ, apare deosebit de utilă întocmirea de către lichidatorul judiciar, înainte de valorificare, a unui proces-verbal sau a unui raport care să cuprindă justificarea necesității unei atare valorificări, pentru conservarea unor drepturi patrimoniale cu o valoare superioară, respectiv identificarea bunurilor pe care lichidatorul judiciar intenționează să le valorifice în acest scop.

În mod obligatoriu, lichidatorul judiciar trebuie să procedeze la evaluarea acestor bunuri, art. 153 alin. (3) din Codul insolvenței [corespondentul art. 115 alin. (3) din Legea nr. 85/2006] instituind expres condiția de fond a valorificării bunurilor prin licitație publică, după evaluarea prealabilă, pornind de la valoarea de lichidare indicată de evaluator.

Din economia dispozițiilor legale mai sus citate rezultă că evaluarea bunurilor care urmează a fi valorificate trebuie realizată de un *evaluator*, conform standardelor internaționale în vigoare, în prezent IVS 2013, încorporate în „Standardele de evaluare ANEVAR” aprobate prin Hotărârea nr. 3 din 5 aprilie 2014 a ANEVAR (M. Of. nr. 275 din 15 aprilie 2014)^[1].

^[1] Publicația *Standardele de evaluare ANEVAR 2014* este disponibilă, contra cost, la <http://magazin.anevar.ro/#prod=S-2014;cat=C>.

Vânzarea la licitație publică este supusă dispozițiilor corespunzătoare din Codul de procedură civilă, în funcție de caracterul mobil sau imobil al bunurilor, și care vor fi analizate pe larg în secțiunea următoare.

§5. Evoluții legislative

43. În conformitate cu dispozițiile art. 122 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 [corespondentul art. 160 alin. (1) din Codul insolvenței], la fiecare 3 luni, calculate de la data începerii lichidării și cuprinse într-un *program de administrare a lichidării* care trebuia întocmit în 30 de zile de la numire, lichidatorul trebuia să prezinte comitetului creditorilor un raport asupra fondurilor obținute din lichidare și din încasarea de creanțe și un plan de distribuire între creditori. Legea nr. 85/2006 nu a asociat nicio sancțiune neîntocmirii unui asemenea program de administrare a lichidării, iar în practică asemenea programe au fost rareori întocmite, cel mai probabil datorită imposibilității obiective de previzionare a termenelor înăuntrul cărora lichidarea urma să fie efectuată. În contextul crizei economice apărute în anul 2008, valorificarea activelor din patrimoniile debitorilor a devenit din ce în ce mai anevoioasă, astfel încât întocmirea unui asemenea program de administrare a lichidării ar fi reprezentat un simplu demers formal, lipsit de orice garanții în ceea ce privește respectarea termenelor menționate de lichidatorul judiciar.

Art. 160 alin. (1) din Codul insolvenței a eliminat cerința întocmirii unui atare program de administrare a lichidării, devenită desuetă în contextul mai sus arătat.

Secțiunea a 3-a. Lichidarea bunurilor din averea debitorului

§1. Principii

44. Spre deosebire de Legea nr. 85/2006, ale cărei principii puteau fi doar deduse din scopul său și din regulile generale ale insolvenței, Codul insolvenței își enunță principiile în cuprinsul art. 4. Dintre acestea, principiile arătate la pct. 1, pct. 3 și pct. 13 ca principii generale și cel menționat la pct. 11, ca principiu cu aplicabilitate specifică, sunt aplicabile în mod particular activității de lichidare.

Astfel, art. 4 pct. 1 din Codul insolvenței impune *maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor*, respectiv art. 4 pct. 11 stabilește *necesitatea valorificării în timp util și într-o manieră cât mai eficientă a activelor*, prefigurând astfel caracteristicile esențiale ale lichidării: obținerea contravalorii maxime a activelor debitoarei și recuperarea în cel mai ridicat grad posibil a creanțelor debitoarei, într-o perioadă de timp cât mai redusă.

Articolul 4 pct. 3 din Codul insolvenței impune *asigurarea unei proceduri eficiente*, inclusiv prin mecanisme adecvate de comunicare și derulare a procedurii, într-un timp util și rezonabil, într-o manieră obiectivă și imparțială, cu un minim de costuri, statuând, astfel, necesitatea asigurării unui echilibru între rezultatele procedurii insolvenței, pe de o parte și, respectiv, perioada de timp și costurile alocate acestei proceduri, pe de altă parte. În cazul lichidării, aplicabilitatea acestui principiu vizează realizarea echilibrului mai sus arătat între rezultatele acestei proceduri: sumele realizate prin lichidare și recuperarea de creanțe și, respectiv, costurile și durata lichidării, totul în cadrul unei proceduri transparente.

Articolul 4 pct. 13 din Codul insolvenței reiterează participanții la procedura insolvenței cu roluri cheie în realizarea lichidării: practicienii în insolvență, care administrează procedura insolvenței, sub controlul de legalitate al judecătorului-sindic. Acest principiu este reluat și explicitat în cuprinsul art. 154 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 116 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], care prevede în mod expres că lichidarea bunurilor din averea debitorului va fi efectuată de lichidatorul judiciar sub controlul judecătorului-sindic.

Subsecvent, pentru a reglementa explicit modul de aplicare a dispozițiilor de principiu referitoare la cheltuielile de procedură cuprinse în art. 39 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 4 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], legiuitorul a stabilit că, pentru maximizarea valorii averii debitorului, lichidatorul judiciar va face toate demersurile de expunere pe piață, într-o formă adecvată, a acestora, cheltuielile de publicitate fiind suportate din averea debitorului. În acest context, trebuie menționat faptul că lichidarea bunurilor din averea debitorului este de esență falimentului; în această etapă a procedurii insolvenței se plătesc, în măsura disponibilului și în ordinea prevăzută de lege, toate creanțele împotriva averii debitorului, care, indiferent de scadențele lor rezultate din actele sau faptele juridice care le-au dat naștere, sunt declarate automatelor scadente la data deschiderii procedurii de faliment, conform art. 150 alin. (4), teza I din Codul insolvenței [corespondentul art. 112 alin. (4) din Legea nr. 85/2006]^[1].

45. *Masa pasivă a falimentului* este reprezentată de totalitatea creanțelor înscrise în tabelul definitiv consolidat împotriva averii debitorului, cuprinzând atât creanțele născute anterior deschiderii procedurii, cât și pe cele născute în cursul procedurii, inclusiv cheltuielile de procedură. *Masa activă a falimentului* este reprezentată de totalitatea sumelor de bani realizate din lichidarea bunurilor din patrimoniul debitorului, din recuperarea creanțelor debitorului față de proprii debitori, din reușita acțiunilor revocatorii falimentare, din antrenarea răspunderii patrimoniale a administratorului special în condițiile art. 84 alin. (2) sau a organelor de conducere ale debitorului în condițiile art. 169 din Codul insolvenței [corespondentul art. 138 din Legea nr. 85/2006], precum și a sumelor de bani aflate în contul unic al lichidării la momentul deschiderii procedurii falimentului [sub rezerva sumelor de bani asupra cărora este constituită o ipotecă mobilă, precum și a garanțiilor în numerar (*cash colateral*), al căror regim juridic este reglementat de dispozițiile art. 75 alin. (8)-(9) din Codul insolvenței]. *Scopul procedurii lichidării*, ca parte din procedura insolvenței, este acela de a plăti masa pasivă din masa activă, conform art. 2 din Codul insolvenței [corespondentul art. 2 din Legea nr. 85/2006].

§2. Evaluarea

46. Articolul 154 alin. (2) și alin. (3) din Codul insolvenței prevede expres că lichidarea va începe îndată după finalizarea de către lichidatorul judiciar a inventarierii și depunerea *raportului de evaluare*. În vederea evaluării bunurilor din averea debitorului, cu acordul comitetului creditorilor, lichidatorul judiciar poate să angajeze, în numele

^[1] Spre deosebire de art. 112 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, art. 150 alin. (4) teza a II-a din Codul insolvenței prevede o singură excepție: creanțele rezultând din contracte financiare calificate și din operațiuni de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală, însă această excepție nu înlătură valoarea de principiu a dispozițiilor art. 150 alin. (4) teza I din Codul insolvenței, fiind justificată de natura specială a acestor creanțe.

debitorului, un *evaluator* și să-i stabilească onorariul. Evaluatorii trebuie să fie membri ai Asociației Naționale a Evaluatoarelor din România, iar evaluarea trebuie efectuată în conformitate cu standardele internaționale de evaluare.

Spre deosebire de Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței cuprinde în art. 61 o reglementare de principiu cu privire la angajarea de evaluatori, experți sau alți specialiști de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar. În vederea asigurării unei transparențe sporite a costurilor procedurii, art. 61 din Codul insolvenței prevede că numirea și nivelul remunerațiilor acestor persoane vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor în cazul în care acestea vor fi plătite din averea debitoarei sau se vor supune standardelor de cost stabilite de Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, potrivit prevederilor O.U.G. nr. 86/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care se vor remunera din fondul de lichidare constituit potrivit prevederilor art. 39 alin. (4).

Aceste dispoziții sunt lipsite de orice echivoc în ceea ce privește necesitatea obținerii aprobării comitetului creditorilor pentru utilizarea unor evaluatori, experți sau alți *specialiști externi*, însă ele nu reglementează și nu exclud ipoteza utilizării de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar a unor evaluatori, experți sau alți specialiști *proprii*, care nu sunt remunerați distinct de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, caz în care apreciem că numirea și remunerarea acestor persoane nu este condiționată de aprobarea comitetului creditorilor. În acest context, trebuie subliniată utilizarea de către legiuitor a termenului „*poate*” în cuprinsul art. 154 alin. (2) din Codul insolvenței, fapt care lasă la facultatea lichidatorului judiciar angajarea unui evaluator extern (caz în care vor fi aplicabile dispozițiile art. 61 din Codul insolvenței) sau utilizarea serviciilor evaluatorului său propriu, caz în care nu are nevoie de aprobarea comitetului creditorilor. În același sens, trebuie menționat faptul că NCPC conține dispoziții similare. Astfel, atât art. 757 alin. (3), cât și art. 835 alin. (3) prevăd posibilitatea evaluării bunurilor sechestrate direct de către executorul judecătoresc, dar și posibilitatea evaluării lor de către un expert, la cererea părților interesate sau în cazul în care nu poate proceda el însuși la evaluare.

Concluzionând, în pofida diferențelor de redactare, opțiunile lichidatorului judiciar în ceea ce privește evaluarea sunt aceleași, atât sub imperiul Legii nr. 85/2006, cât și sub imperiul Codului insolvenței: fie folosește un evaluator propriu, caz în care, potrivit Codului insolvenței, nu are nevoie de acordul comitetului creditorilor, iar remunerarea evaluatorului se va realiza de către lichidatorul judiciar, din propria sa remunerație, fie va proceda la angajarea unui evaluator, în numele debitorului, cu acordul comitetului creditorilor, acord care se extinde și asupra remunerației evaluatorului, care se încadrează în cheltuielile de procedură.

Invers, sub imperiul Legii nr. 85/2006, lichidatorul judiciar are nevoie de acordul comitetului creditorilor pentru folosirea unui evaluator propriu, nefiind ținut să obțină acordul comitetului creditorilor pentru utilizarea serviciilor unui evaluator independent, angajat special pentru operațiunea de evaluare a averii debitorului. Cu toate acestea, remunerația evaluatorului independent angajat de lichidatorul judiciar în condițiile art. 116 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 trebuie aprobată de comitetul creditorilor, dacă se achită din averea debitoarei, sau de judecătorul-sindic, prin încheiere, dată în camera de consiliu, cu citarea lichidatorului judiciar, dacă se achită din fondul de lichidare, fiind o cheltuială de procedură reglementată de dispozițiile art. 23 din Legea nr. 85/2006.

47. Apreciem că modificarea legislativă, în corelație cu dispozițiile art. 61 din Codul insolvenței, acordă o *protecție* sporită *drepturilor creditorilor*, care, în prezent, sub imperiul noii reglementări, pot controla strict desemnările *specialiștilor* (inclusiv evaluatori) și sumele alocate de lichidatorul judiciar pentru efectuarea operațiunilor de evaluare, creditorii fiind în măsură să aprecieze oportunitatea angajării unui evaluator independent, în funcție de circumstanțele procedurii.

În oricare dintre situații, atât sub imperiul Legii nr. 85/2006, cât și sub cel al Codului insolvenței, evaluatorul trebuie să fie membru al ANEVAR, iar evaluarea trebuie efectuată în conformitate cu standardele internaționale de evaluare (în prezent IVS 2013), astfel cum se va arăta în continuare.

Atât Codul insolvenței, prin art. 154 alin. (3), cât și Legea nr. 85/2006, prin art. 116 alin. (4), impun efectuarea a două variante de evaluare a bunurilor din averea debitorului: în bloc și individual. *Evaluarea în bloc* are în vedere fie evaluarea totalității bunurilor din averea debitorului, fie *evaluarea subansamblurilor funcționale*.

Articolul 5 pct. 65 din Codul insolvenței definește *subansamblul funcțional* ca fiind un grup de bunuri ale debitorului care asigură realizarea unui produs finit, de sine stătător, sau permite desfășurarea unei afaceri independente. Această definiție legală reia conținutul penultimei teze a alin. (4) al art. 116 din Legea nr. 85/2006, fără însă a prelua și teza finală, potrivit căreia un subansamblu este considerat funcțional numai dacă are asigurat accesul la drumul public și la folosirea utilităților. Noua definiție legală este, în mod evident, mai flexibilă, permițând configurarea de diverse subansambluri funcționale din bunurile debitorului, fără limitarea mai sus arătată, referitoare la accesul la drumul public și la utilități.

Dispozițiile art. 154 alin. (3) din Codul insolvenței – corespondentul art. 116 alin. (4) din Legea nr. 85/2006 – stabilesc două variante majore de evaluare: în bloc și individual, lăsând la opțiunea lichidatorului judiciar alegerea uneia dintre cele două modalități de evaluare în bloc: evaluarea totalității bunurilor din averea debitorului sau evaluarea subansamblurilor funcționale. Cu toate acestea, legea nu interzice realizarea *ambelor* modalități de evaluare în bloc, lichidatorul judiciar având deplina libertate de alegere în acest sens, în funcție de circumstanțele procedurii.

Evaluarea în bloc a bunurilor debitorului, ca unic ansamblu funcțional sau prin identificarea subansamblurilor funcționale, apare utilă mai ales atunci când se preconizează preluarea lui/lor ca afacere/afaceri distincte de către unul sau mai mulți potențiali cumpărători, în timp ce evaluarea individuală este utilă atunci când acestea apar atractive prin particularitățile lor proprii pentru potențialii cumpărători. Desigur, în condițiile în care bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în exercițiul atribuțiilor sale prevăzute de Codul insolvenței, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum privilegii, ipoteci, gajuri sau drepturi de retenție, sechestre, de orice fel cu excepția măsurilor asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse, conform art. 91 din Codul insolvenței (corespondentul art. 53 din Legea nr. 85/2006), cumpărătorul unicului ansamblu funcțional sau al unui subansamblu funcțional este liber să păstreze afacerea preluată în vechii parametri, eventual cu preluarea, în tot sau în parte, a foștilor angajați ai debitorului sau, dimpotrivă, să dea ansamblului funcțional/subansamblului funcțional respectiv o nouă destinație, în vederea desfășurării unei activități noi.

În cazul în care, în unicul ansamblu funcțional/în subansamblurile funcționale, sunt incluse bunuri grevate de cauze de preferință, acestea trebuie evaluate distinct de valoarea

rea ansamblului/subansamblurilor funcționale care le includ, deoarece în situația vânzării în bloc a ansamblului/subansamblurilor funcționale sumele de bani reprezentând valorile bunurilor grevate de cauzele de preferință vor fi distribuite către creditorii beneficiari ai cauzelor de preferință și doar restul contravalorii ansamblului/subansamblurilor urmează să fie distribuite către creditorii care nu beneficiază de cauze de preferință.

48. Standardele internaționale care guvernează în prezent această activitate, *International Valuation Standards 2013*, definesc valoarea de lichidare ca fiind suma netă care ar putea fi obținută dacă activitatea unei întreprinderi ar fi întreruptă, iar activele sale ar fi vândute bucată cu bucată. Trebuie, de asemenea, să fie precizate și tipurile valorii adecvate și orice ipoteze suplimentare adecvate.

Se observă, astfel, că valoarea de lichidare are în vedere cu precădere ipoteza vânzării individuale a bunurilor din averea debitoare. În practică, valoarea de lichidare a unui activ se situează la o fracțiune^[1] din valoarea sa de piață, care este definită de aceleași standarde drept suma estimată pentru care un activ sau o datorie ar putea fi schimbat(ă) la data evaluării, între un cumpărător hotărât și un vânzător hotărât, într-o tranzacție nepărtinitoare, după un marketing adecvat și în care părțile au acționat fiecare în cunoștință de cauză, prudent și fără constrângere. Vânzarea individuală a bunurilor din averea debitoare apare, în consecință, ca fiind o vânzare forțată, care are loc în condiții de constrângere.

După finalizarea evaluării, în conformitate cu dispozițiile art. 155 din Codul insolvenței, lichidatorul judiciar va depune la dosar raportul de evaluare și va publica în BPI un anunț cu privire la depunerea acestuia și un extras cuprinzând o sinteză a raportului de evaluare. Creditorii vor putea consulta raportul de evaluare în locația indicată prin anunț de către lichidatorul judiciar.

În pofida formulării neclare din cuprinsul art. 155 din Codul insolvenței, apreciem că oricare dintre creditorii va putea consulta fie exemplarul raportului de evaluare depus la dosar, fie exemplarul raportului de evaluare pe care lichidatorul îl va păstra la sediul său, fiind improbabil ca lichidatorul judiciar să depună un exemplar al raportului de evaluare într-o altă locație (cu excepția sediului debitorului, în măsura în care acest lucru mai este posibil).

Desigur, pentru ușurința consultării, lichidatorul judiciar poate posta raportul de evaluare pe propria pagină web, oferind creditorilor posibilitatea de a consulta cu ușurință acest document extrem de important în format electronic.

Ulterior, în conformitate cu dispozițiile art. 156 alin. (1) din Codul insolvenței, lichidatorul judiciar va convoca adunarea creditorilor în termen de maximum 15 zile de la data depunerii raportului de evaluare la dosarul cauzei, în vederea stabilirii tipului de vânzare.

49. Legea nr. 85/2006 a reglementat într-o manieră diferită accesul creditorilor la raportul de evaluare: în conformitate cu dispozițiile art. 117 alin. (1) și alin. (3) din acest act normativ, lichidatorul judiciar are obligația de a prezenta comitetului creditorilor un raport care cuprinde evaluarea bunurilor și metoda de valorificare a acestora. Ulterior, lichidatorul convoacă adunarea generală a creditorilor în termen de maximum 20 de zile de la data ședinței comitetului creditorilor, înștiințându-i pe creditorii despre posibilitatea studierii raportului și a procesului-verbal al ședinței comitetului creditorilor privind raportul.

[1] În practică au fost avansate diverse valori ale acestei fracțiuni, mergând de la 25% la 75%.

Și în acest caz, apreciem că reglementarea din Codul insolvenței este superioară celei din Legea nr. 85/2006. Procedura de aducere a raportului de evaluare la cunoștința creditorilor reglementată de Legea nr. 85/2006 în două etape procedurale distincte presupune convocarea mai întâi a comitetului creditorilor și abia apoi a adunării creditorilor, existând riscul neîntrunirii majorității simple din totalul numărului de membri pentru adoptarea unei poziții referitoare la raportul de evaluare și/sau la metoda de vânzare în cadrul ședinței comitetului creditorilor. În plus, Legea nr. 85/2006 nu recunoaște deciziei comitetului creditorilor cu privire la raportul de evaluare și/sau la metoda de vânzare nicio valoare juridică prin raportare la hotărârea adunării creditorilor cu privire la aceleași aspecte: raportul de evaluare și metoda de vânzare, decizia comitetului creditorilor fiind o simplă formalitate lipsită de consecințe juridice.

În doctrină^[1] s-a arătat că raportul lichidatorului judiciar prevăzut de art. 117 din Legea nr. 85/2006 trebuie să arate numai modul în care s-a făcut evaluarea și valoarea obținută în fiecare modalitate, raportul de evaluare, care face parte integrantă din raportul lichidatorului, fiind atașat ca anexă.

În practică, raportul cuprinzând evaluarea bunurilor a fost întocmit în marea majoritate a situațiilor sub forma unui simplu raport de activitate, având anexate raportul de evaluare și proiectul de regulament de valorificare a bunurilor din averea debitorului, lichidatorii judiciari neredactând în cuprinsul raportului respectiv o sinteză a raportului de evaluare.

Prin comparație, reglementarea din cuprinsul Codului insolvenței, care impune doar dezbateră *tipului de vânzare* de către adunarea creditorilor, după informarea creditorilor cu privire la posibilitatea de a consulta raportul de evaluare, apare mult mai adecvată din perspectiva principiului celerității procedurii insolvenței^[2].

În acest context, se pune întrebarea dacă creditorii au dreptul de a contesta raportul de evaluare din faza lichidării, pe calea obiecțiunilor guvernate de art. 62 din Codul insolvenței. Apreciem fără rezerve că oricare dintre creditori pot formula obiecțiuni și împotriva raportului de evaluare întocmit în faza lichidării.

Chiar dacă această acțiune este reglementată în cuprinsul art. 62 din Codul insolvenței, care se referă la administratorul judiciar, prevederile art. 63 din Codul insolvenței, care reglementează activitatea lichidatorului judiciar, trimit în mod expres la art. 62 din Codul insolvenței, stabilind că acestea se aplică și rapoartelor de evaluare întocmite în perioada lichidării, în mod corespunzător.

50. Natura juridică a raportului de evaluare întocmit în faza lichidării este aceea a unui *raport de expertiză*, fiind un mijloc de probă atât în cadrul procedurii de drept comun cât și în cadrul procedurii insolvenței. Raportul de evaluare este reglementat atât de dispoziții procedurale de drept comun, cuprinse în art. 336-338 NCPC, aplicabile doar în măsura compatibilității lor cu procedura insolvenței, conform art. 342 din Codul insolvenței [echivalentul art. 149 din Legea nr. 85/2006] cât și de dispoziții procedurale speciale, care se regăsesc în cuprinsul art. 62 alin. (1)-(5) din Codul insolvenței. Dispozițiile celor două acte normative sunt similare. Codul de procedură civilă permite părților să formuleze obiecțiuni împotriva raportului de expertiză, respectiv permite, pentru motive temeinice, efectuarea unei noi expertize, dispusă din oficiu ori la solicitarea părților.

^[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 356.

^[2] În același sens, I. Turcu, Legea procedurii insolvenței – comentariu pe articole, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, comentariu la art. 118, p. 599.

Codul insolvenței permite creditorilor și administratorului judiciar/lichidatorului judiciar formularea de obiecțiuni împotriva raportului de evaluare, iar atunci când răspunsul la obiecțiuni nu este satisfăcător sau există alte motive temeinice, permite efectuarea unei noi evaluări, la solicitarea participanților la procedură anterior menționați sau din oficiu.

Cu ocazia *judecării obiecțiunilor împotriva raportului de evaluare*, judecătorul-sindic nu se substituie evaluatorului. Judecarea obiecțiunilor presupune verificarea adecvării concluziilor evaluatorului la obiectivele expertizei, conform art. 255 alin. (1) NCPC. În alți termeni, judecătorul-sindic va verifica dacă evaluarea efectuată răspunde cerințelor procedurii (spre exemplu, dacă bunurile au fost evaluate atât individual, cât și în bloc, respectiv grupate în subansambluri funcționale; dacă evaluarea a stabilit atât valoarea de piață, cât și valoarea de lichidare etc.). Judecătorul-sindic nu va verifica dacă proba cu raportul de evaluare este utilă și pertinentă cauzei, deoarece evaluarea bunurilor din averea debitorului este *impusă de lege*, care stabilește în cazul procedurii insolvenței printr-o normă imperativă obligația administrării acestei probe. În același sens, apreciem că judecătorul-sindic nu va putea încuviința efectuarea unei noi evaluări pentru simplul motiv că un creditor nu este mulțumit de valoarea concretă a unui anumit bun. Atât Codul de procedură civilă, cât și Codul insolvenței permit refacerea evaluării doar pentru motive temeinice, care presupun existența unor cauze serioase și obiective.

Spre deosebire de Codul de procedură civilă, Codul insolvenței impune un act de procedură suplimentar: *omologarea* unuia dintre cel două sau mai multe *rapoarte de evaluare* întocmite în cauză. Codul insolvenței nu definește noțiunea juridică de „omologare” a unui raport de expertiză, însă semnificația acestui termen juridic s-a conturat de mult timp în practica judiciară a instanțelor civile, care omologau rapoartele de expertiză care conțineau datele tehnice ale bunurilor cu privire la care dispuneau prin hotărârile pronunțate. Astfel, homologarea raportului de evaluare are semnificația desemnării (motivate) a raportului de evaluare ale cărui concluzii și le însușește judecătorul-sindic, apreciindu-le cele mai pertinente în speța dată. În contextul în care controlul judecătorului-sindic este limitat la legalitatea actelor de procedură, conform art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței [al cărui corespondent este art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006], homologarea unuia dintre rapoartele de evaluare nu reprezintă o apreciere de oportunitate, ci tot o expresie a controlului de legalitate, homologarea având finalitatea de a desemna acel raport de evaluare care conține concluziile cele mai bine fundamentate și argumentate de către evaluator, nu neapărat valorile cele mai ridicate ale bunurilor din averea debitorului.

51. O altă problemă care se ridică în legătură cu raportul de evaluare este aceea a necesității *aprobării lui de către creditorii*.

Articolul 117 alin. (1) și alin. (3) din Legea nr. 85/2006 prevăd, pe de o parte, obligația lichidatorului judiciar de a *prezenta* comitetului creditorilor un raport care va cuprinde evaluarea bunurilor și metoda de valorificare a acestora și în care se va preciza dacă vânzarea se va face în bloc sau individual ori o combinație a acestora, prin licitație publică sau negociere directă sau prin ambele metode, respectiv, pe de altă parte, obligația lichidatorului judiciar de a convoca adunarea generală a creditorilor în termen de maximum 20 de zile de la data ședinței comitetului creditorilor, înștiințându-i despre posibilitatea studierii raportului și a procesului-verbal al ședinței comitetului creditorilor privind raportul. Pornind de la aceste dispoziții legale, în literatura de specialitate s-a conturat opinia potrivit căreia adunarea creditorilor „poate aproba raportul lichidatorului și re-

gulamentul de vânzare, astfel cum au fost prezentate, adică *aprobă atât evaluarea, cât și metodele și modalitățile de vânzare propuse și regulamentul sau poate solicita o altă evaluare*"^[1]. Potrivit unei alte opinii, în lipsa unei prevederi exprese în acest sens, nici comitetul creditorilor, nici adunarea creditorilor nu au atribuția de a aproba raportul de evaluare, ci ele pot contesta doar raportul lichidatorului judiciar la care se referă art. 117 din Legea nr. 85/2006.

Ne raliem fără rezerve primei opinii. Adunarea creditorilor, convocată de lichidatorul judiciar în conformitate cu prevederile art. 117 alin. (3) sau cu cele ale art. 118 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, are atribuția de a dezbate propunerile lichidatorului judiciar. Propunerile lichidatorului judiciar prevăzute de art. 117 și art. 118 din Legea nr. 85/2006 sunt fundamentate pe valorile rezultate din evaluare, fiind, practic, imposibilă analiza propunerilor lichidatorului judiciar fără verificarea fundamentului lor valoric, care este raportul de evaluare. În acest sens s-a pronunțat și practica judiciară, reținând că, în condițiile în care un creditor nu a formulat obiecțiuni împotriva raportului de evaluare cu ocazia adunării creditorilor care a aprobat acest raport și nu a atacat ulterior hotărârea respectivei adunări a creditorilor, acel creditor nu poate ataca, pe cale indirectă, hotărârea adunării creditorilor de aprobare a raportului de evaluare pe cale ocolită, atacând raportul subsecvent al lichidatorului judiciar care descrie măsurile de lichidare fundamentate pe valorile stabilite prin raportul de evaluare aprobat anterior^[2].

§3. Regulamentul de vânzare

52. Potrivit dispozițiilor art. 154 alin. (2), teza a III-a din Codul insolvenței (corespondentul art. 116 alin. (2), teza a III-a din Legea nr. 85/2006), tipul de vânzare a bunurilor, respectiv licitație publică, negociere directă sau o combinație a celor două și regulamentul de vânzare corespunzător modalității de vânzare pentru care se optează sunt aprobate de adunarea creditorilor, pe baza propunerii lichidatorului judiciar.

Regulamentul de vânzare reprezintă un set de reguli propus de lichidatorul judiciar pentru valorificarea bunurilor din averea debitorului în cuprinsul căruia se explicitează modalitățile de vânzare a acestor bunuri propuse de lichidatorul judiciar.

În acest context, trebuie avut în vedere faptul că una dintre caracteristicile principale ale procedurii insolvenței este aceea că falimentul reprezintă o executare silită a creanțelor înscrise în tabelul definitiv/definitiv consolidat al creanțelor împotriva averii debitorului. Prin urmare, în conformitate cu dispozițiile art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței (corespondentul art. 149 din Legea nr. 85/2006), art. 154 alin. (2), teza a III-a din Codul insolvenței [corespondentul art. 116 alin. (2) teza a III-a din Legea nr. 85/2006], acesta se completează, în măsura compatibilității, cu dispozițiile Codului de procedură civilă, iar regulile de valorificare a bunurilor din averea debitorului din regulamentul de vânzare se completează, în măsura compatibilității, cu regulile corespunzătoare din Codul de procedură civilă, Cartea a V-a – „Despre executarea silită” aplicabile vânzării la licitație publică; negocierea directă nu are un corespondent în Codul de procedură civilă, astfel încât eventualele reguli ale acestui tip de vânzare din regulamentul de vânzare nu pot fi completate cu reguli din procedura de drept comun.

^[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 357.

^[2] C.A. Ploiești, s. cont. adm. și fisc., dec. civ. nr. 239/20 februarie 2009, <http://www.avocatura.com/speta-215450-faliment-procedura-insolventei.html>.

53. Normele speciale cuprinse în art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței (corespondentul art. 149 din Legea nr. 85/2006) permit, astfel, *instituirea prin regulamentul de vânzare a unor reguli private, derogatorii* de la cele cuprinse în Codul de procedură civilă. Regulamentul de vânzare, adoptat printr-o hotărâre a adunării creditorilor, este, desigur, un act juridic de drept privat multilateral adoptat de adunarea creditorilor cu votul majorității prin valoare a creanțelor prezente la vot (minimum 30%), conform art. 49 alin. (1) din Codul insolvenței (corespondentul art. 15 alin. (1) din Legea nr. 85/2006).

Astfel cum s-a arătat în jurisprudență^[1], derogările uzuale de la dispozițiile Codului de procedură civilă în materia *vânzării la licitație publică* au ca obiect stabilirea unui preț minim de vânzare și/sau a unor trepte de scădere a prețului de la valoarea de lichidare până la prețul minim, precum și a unui număr minim de licitații pentru fiecare treaptă de preț, respectiv stabilirea unor condiții speciale pentru licitatori (prezentarea unor acte referitoare la bonitate, achitarea unor garanții de participare superioare celor impuse de Codul de procedură civilă, plata în rate etc.).

În măsura în care lichidatorul judiciar propune ca metodă de valorificare a bunurilor din averea debitorului și negocierea directă, sau o combinație între vânzarea la licitație publică și negocierea directă, regulamentul de vânzare reprezintă singurul instrument juridic aplicabil procedurii de valorificare.

Cu ocazia exprimării votului asupra raportului de evaluare, asupra modalităților de vânzare și asupra regulamentului, adunarea creditorilor poate adopta propunerile lichidatorului judiciar astfel cum acestea au fost formulate, respectiv poate decide în mod diferit, solicitând reevaluarea bunurilor din averea debitorului, adăugând sau eliminând metode de vânzare sau modificând regulamentul de vânzare propus.

În condițiile în care atât Codul insolvenței, cât și Legea nr. 85/2006 prevăd că regulamentul de vânzare și metoda/metodele combinate de valorificare a bunurilor din averea debitoare sunt supuse aprobării creditorilor, această aprobare îmbracă forma juridică a unei hotărâri adoptate în condițiile art. 48 din Codul insolvenței [corespondentul art. 14 din Legea nr. 85/2006].

Prin urmare, singurul *control pe care judecătorul-sindic* îl poate exercita în privința alegerii creditorilor în ceea ce privește regulamentul de vânzare este cel de legalitate, în condițiile art. 48 alin. (7) din Codul insolvenței [corespondentul art. 14 alin. (7) din Legea nr. 85/2006].

Cu toate acestea, orice persoană care se consideră vătămată de vreun act al lichidatorului judiciar poate apela la *contestafia* împotriva măsurii, prevăzută de art. 59 alin. (5) din Codul insolvenței, în termen de 7 zile de la publicarea extrasului raportului de activitate în BPI [corespondentul art. 21 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, care prevede un termen de 3 zile de la depunerea la dosar a raportului de activitate].

Astfel cum s-a decis în practica judiciară^[2], lichidatorul judiciar are obligația, iar nu facultatea, de a întocmi un regulament de vânzare, care să urmărească *maximizarea averii debitorului*.

Dat fiind faptul că, spre deosebire de metoda de vânzare, care este supusă aprobării adunării creditorilor, art. 116 alin. (2) teza finală din Legea nr. 85/2006 nu prevede în mod expres necesitatea *aprobării de către creditorii și a regulamentului de vânzare*, acesta fiind doar „prezentat” creditorilor, în doctrină s-a pus problema în ce măsură regulamentul de vânzare este supus aprobării adunării creditorilor. Apreciem că „prezentarea”

[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 357.

[2] Trib. Iași, înch. nr. 74/S din 14 februarie 2006, în Procedura insolvenței – CPJ 2006-2009 (...), p. 513-514.

regulamentului nu poate avea decât semnificația juridică a supunerii regulamentului de vânzare votului creditorilor. Dacă „prezentarea” regulamentului ar avea drept scop doar aducerea acestui act la cunoștința creditorilor, fără a le permite acestora să decidă asupra conținutului său, creditorii s-ar putea găsi în situația în care, votând doar asupra metodei/metodelor de vânzare, ar pierde controlul asupra elementelor esențiale ale vânzării, cum ar fi: prețul minim de vânzare, numărul minim de licitații la un anumit preț etc.

54. Legea nr. 85/2006 nu reglementează ipoteza în care creditorii nu votează regulamentul de vânzare. Practica judiciară a avansat două soluții pentru această situație.

Potrivit primei opinii^[1], „în ipoteza în care creditorii nu se întrunesc în adunarea creditorilor pentru a aproba raportul și regulamentul de vânzare, considerăm că lichidatorul poate suplini aprobarea creditorilor, solicitând judecătorului-sindic să aprobe raportul în procedura necontencioasă și să dispună lichidarea bunurilor conform Codului de procedură civilă. Credem că aprobarea regulamentului de vânzare (prin derogare de la dispozițiile Codului de procedură civilă) ține de decizia economică, ce aparține numai creditorilor. Judecătorul sindic nu va putea să-și asume o asemenea decizie și de aceea va putea dispune doar vânzarea bunurilor conform Codului de procedură civilă, aprobând doar evaluarea și metoda de vânzare (...)”.

Potrivit celei de a doua opinii^[2], „din interpretarea prevederilor art. 116 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006 reiese că în vederea vânzării bunurilor din averea debitorului, lichidatorul va întocmi un regulament de vânzare, pe care îl va supune spre aprobare adunării creditorilor, odată cu raportul prin care propune metoda de vânzare. În cazul lipsei de interes a tuturor creditorilor, care nu se prezintă la adunarea convocată, judecătorul-sindic poate aproba regulamentul.”

Ne raliem fără rezerve primei opinii. Alegerea metodei de vânzare și adoptarea regulilor derogatorii de la normele Codului de procedură civilă, care compun regulamentul de vânzare corespunzător metodei de vânzare alese, reprezintă atribuții de management al procedurii falimentului, cu caracter esențial de oportunitate, care aparțin lichidatorului judiciar și care pot fi cenzurate doar de către creditorii, nu și de către judecătorul-sindic, ale cărui atribuții sunt limitate la verificarea legalității actelor lichidatorului judiciar^[3].

Dat fiind faptul că art. 116 din Legea nr. 85/2006 impune aprobarea de către creditorii a regulamentului de vânzare, absența unui vot pozitiv, de aprobare, are semnificația juridică a unei respingeri tacite a regulamentului de vânzare, caz în care, dacă nu se ajunge la adoptarea unui alt regulament în condițiile de mai jos, se va aplica procedura de drept comun a vânzării la licitație reglementate de Codul de procedură civilă, în măsura compatibilității sale cu Legea nr. 85/2006.

În situația în care, cu ocazia votului asupra regulamentului, creditorii formulează amendamente sau contrapropuneri de regulament, ori solicită lichidatorului judiciar reformularea regulamentului și votarea lui ulterioară, apreciem că un atare vot nu are semnificația juridică a unei respingeri a regulamentului de vânzare, creditorii manifestându-și voința în sensul întocmirii unui regulament de vânzare, dar cu un alt conținut. În

[1] N. Tândăreanu, op. cit., p. 358.

[2] Trib. Specializat Cluj, înch. nr. 47 din 10 ianuarie 2007, în Procedura insolvenței – CPI 2006-2009 (...), p. 509-510.

[3] C.A. Târgu Mureș, dec. nr. 608/R din 4 mai 2007, în Procedura insolvenței – CPI 2006-2009 (...), p. 542-543.

această situație, regulamentul urmează a fi întocmit de lichidatorul judiciar pe baza hotărârii adunării creditorilor.

Codul insolvenței tranșează această problemă conform primei opinii dintre cele două mai sus expuse. În conformitate cu dispozițiile art. 156 alin. (2) teza a II-a din Codul insolvenței, în cazul în care adunarea creditorilor nu aprobă un regulament de vânzare, potrivit art. 154 alin. (2), sau în ipoteza în care, deși a fost aprobat un regulament de vânzare, bunurile nu au fost valorificate într-un termen rezonabil, la cererea lichidatorului judiciar, aprobată de judecătorul-sindic, vânzarea bunurilor se va efectua prin licitație publică, potrivit Codului de procedură civilă.

§4. Tipuri și metode de vânzare

55. Atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței prevăd două tipuri de vânzare: *vânzarea la licitație publică* și *vânzarea prin negociere directă*, respectiv două metode de vânzare: individuală și în bloc. În plus, Legea nr. 85/2006 cuprinde dispoziții speciale referitoare la vânzarea imobilelor din averea debitorului, dispoziții care nu au fost reluate în Codul insolvenței. În fine, ambele acte normative cuprind câte o dispoziție specială, derogatorie, în ceea ce privește valorile mobiliare, trimițând la dispozițiile legii speciale în materie, Legea nr. 297/2004 privind piața de capital.

Evoluția legislativă (Legea nr. 64/1995 – Legea nr. 85/2006 – Codul insolvenței) pare a marca o translație de la preferința inițială a legiuitorului, pentru vânzarea prin negociere directă, la vânzarea prin licitație publică. Astfel, dacă art. 100 alin. (2) din Legea nr. 64/1995, în forma modificată prin O.G. nr. 38/2002 prevedea că „dacă bunurile nu se pot vinde prin negociere directă, acestea vor fi vândute prin licitație, în condițiile prevăzute de Codul de procedură civilă”, art. 117 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 prevede că „lichidatorul va prezenta comitetului creditorilor un raport care va cuprinde evaluarea bunurilor și metoda de valorificare a acestora și în care se va preciza dacă vânzarea se va face în bloc sau individual ori o combinație a acestora, prin licitație publică sau negociere directă sau prin ambele metode”, respectiv art. 156 alin. (2) și (3) din Codul insolvenței prevede că lichidatorul judiciar va convoca adunarea creditorilor în termen de maximum 15 zile de la data depunerii raportului de evaluare la dosarul cauzei, în vederea stabilirii tipului de vânzare. În cazul vânzării bunurilor prin licitație publică, aceasta se va putea efectua și potrivit Codului de procedură civilă. În cazul în care adunarea creditorilor nu aprobă un regulament de vânzare, potrivit art. 154 alin. (2), sau în ipoteza în care, deși a fost aprobat un regulament de vânzare, bunurile nu au fost valorificate într-un termen rezonabil, la cererea lichidatorului judiciar, aprobată de judecătorul-sindic, vânzarea bunurilor se va efectua prin licitație publică, potrivit Codului de procedură civilă.

Reiterând, astfel cum rezultă din dispozițiile legale mai sus analizate, legislația în vigoare, Legea nr. 85/2006 și, respectiv, Codul insolvenței păstrează ambele tipuri de vânzare: prin *negociere directă* și prin *licitație publică*, permițând inclusiv combinarea lor.

Desigur, alegerea tipului de vânzare sau a combinației lor se raportează *atât la principiul maximizării averii debitorului*, cât și la *principiul celerității procedurii insolvenței*, fără însă ca vreunul dintre ele să poată fi absolutizat. Astfel cum s-a arătat în doctrină^[1], „opțiunea între cele două modalități principale de vânzare reprezintă o chestiune de fapt. Decizia asupra modalității de vânzare se ia de la caz la caz, cu scopul principal de

^[1] A.-I. Șarcane și R. Bufan, Analiza comparativă a vânzării prin negociere directă și a vânzării prin licitație în procedurile Legii nr. 64/1995, în Phoenix nr. 5/2003.

a maximiza prețul obținut prin vânzare și implicit gradul de acoperire al masei credale; (...) Conceptul maximizării prețului obținabil se referă la optimizarea raportului dintre prețul obținut și cheltuielile aferente administrării și conservării bunului respectiv incluzând, din punctul de vedere al creditorilor, costul așteptării dintre momentul deschiderii procedurii și momentul distribuției. O vânzare amânată, chiar la un preț mai bun în viitor, poate conduce la cheltuieli aferente proporțional mai mari, în lipsa dobânzii aferente folosirii banilor de către creditor, deci la rezultate comparativ inferioare. Pentru a aprecia asupra modalității recomandabile de vânzare, lichidatorul trebuie să țină seama de circumstanțele vânzării, respectiv de „starea” pieței bunului respectiv, interesul arătat pentru bunurile similare, cercul posibililor interesați, efortul în expresie bănească de expunere la vânzare, mărimea cheltuielilor de conservare, pază etc.”.

4.1. Vânzarea prin negociere directă în condițiile Legii nr. 85/2006

56. Sub imperiul Legii nr. 85/2006, vânzarea prin negociere directă este supusă unor norme care o reglementează doar parțial, lăsând lichidatorului judiciar și creditorilor un amplu spațiu de reglementare, prin regulamentul de vânzare.

4.1.1. Vânzarea prin negociere directă a bunurilor imobile (individual)

57. În ceea ce privește *imobilele*, art. 118 din Legea nr. 85/2006 prevede că imobilele vor putea fi vândute direct, în urma propunerii lichidatorului, aprobată de adunarea generală a creditorilor. Propunerea lichidatorului va trebui să identifice imobilul, prin situația de pe teren și prin datele din registrele de publicitate imobiliară, să arate sarcinile de care este grevat și să indice pasul de supraofertare și data până la care, în caz de aprobare a vânzării, sunt acceptate supraoferte. Lichidatorul va convoca adunarea generală a creditorilor, în termen de maximum 20 de zile de la data propunerii, notificând propunerea administratorului special, creditorilor cu garanții reale asupra bunului, titularilor unor drepturi de retenție de orice fel și comitetului creditorilor, supunând votului adunării generale a creditorilor propunerea de vânzare. Ulterior aprobării de către adunarea generală a creditorilor, vânzarea va putea fi făcută, sub sancțiunea nulității, numai după 30 de zile de la data ultimei publicări făcute de lichidator în ziar a anunțului privind condițiile de supraofertare.

În absența unei definiții speciale a *noțiunii de „imobil”* în cuprinsul Legii nr. 85/2006 sau în cuprinsul Codului insolvenței, în conformitate cu prevederile art. 149 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 342 din Codul insolvenței) în procedura falimentului sunt aplicabile definițiile legale cuprinse în Codul civil.

Sub imperiul vechiului Cod civil din 1864, bunurile imobile nu se limitează la terenuri, construcții, recolte prinse de rădăcini și arbori netăiați (bunuri imobile prin natura lor, conform art. 463 C. civ. 1864), ci sunt incluse în această categorie și bunurile imobile *prin destinația* lor, cum sunt animalele/mașinile-unelte și celelalte bunuri afectate de proprietarul fondului pentru exploatarea terenului prevăzute de art. 467-art. 468 C. civ. 1864, cât timp li se păstrează destinația.

Data fiind definiția legală deosebit de cuprinzătoare, din vechiul Cod civil, în practică au fost valorificate, ca bunuri imobile, diverse ansambluri funcționale cum sunt fermele, cu întreg instrumentarul lor agricol compus din animale și mașini-unelte pentru exploatarea terenului. Coroborând o atare interpretare cu faptul că, potrivit art. 118 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, în cazul vânzării prin negociere directă, lichidatorul avea obligația

de a convoca adunarea creditorilor într-un termen scurt (de maximum 20 de zile de la data propunerii), notificând propunerea sa administratorului special, creditorilor cu garanții reale asupra bunului, titularilor unor drepturi de retenție de orice fel și comitetului creditorilor, supunând votului adunării creditorilor propunerea de vânzare, este împiedecă de ce atare vânzări de „bunuri imobile” se efectuau în condiții lipsite de transparență.

„Bunurile imobile” propuse a fi vândute prin negociere directă puteau fi compuse atât din bunuri principale, afectate de garanții reale, cât și din bunuri accesorii, care, deși nu formau obiectul garanțiilor reale, intrau în categoria de bunuri imobile prin destinația proprietarului și puteau fi vândute odată cu acestea.

Astfel, cu excepția creditorilor cu garanții reale, care erau notificați individual în ceea ce privește propunerea de vânzare prin negociere directă a acestor „bunuri imobile”, ceilalți creditori aveau la dispoziție o perioadă de timp deosebit de scurtă pentru a își forma o opinie informată asupra propunerii lichidatorului judiciar și asupra consecințelor sale asupra procedurii, în general. Mai mult, în măsura în care bunurile principale erau afectate de garanții reale, interesul concret al altor creditori decât cei garantați în ceea ce privește o atare vânzare de bunuri imobile prin negociere directă era redus, favorizând exprimarea voturilor în adunarea creditorilor doar de către creditorii garantați.

Reglementările derogatorii în materia vânzării imobilelor prin negociere directă din Legea nr. 85/2006, analizate în aliniatele precedente, nu au fost reluate în Codul insolvenței, astfel încât noua procedură a insolvenței prezintă un grad de transparență mai ridicat, aspect care, coroborat și cu definiția legală a imobilelor din noul Cod civil, elimină posibilitatea unor speculații precum cele descrise mai sus.

Potrivit art. 537-538 NCC, sunt imobile terenurile, izvoarele și cursurile de apă, plantațiile prinse în rădăcini, construcțiile și orice alte lucrări fixate în pământ cu caracter permanent, platformele și alte instalații de exploatare a resurselor submarine situate pe platoul continental, precum și tot ceea ce, în mod natural sau artificial, este încorporat în acestea cu caracter permanent. Rămân bunuri imobile materialele separate în mod provizoriu de un imobil, pentru a fi din nou întrebuințate, atât timp cât sunt păstrate în aceeași formă, precum și părțile integrante ale unui imobil care sunt temporar detașate de acesta, dacă sunt destinate spre a fi reintegrate. Materialele aduse pentru a fi întrebuințate în locul celor vechi devin bunuri imobile din momentul în care au dobândit această destinație.

Se remarcă faptul că noul Cod civil cuprinde o definiție mai restrictivă, impunând existența unei încorporări naturale sau artificiale a unui bun mobil într-un bun imobil pentru ca bunul mobil încorporat să fie considerat, din punct de vedere legal, bun imobil.

58. Etapele unor proceduri de vânzare directă au fost descrise în doctrina mai veche^[1], însă ele își păstrează pe deplin actualitatea, motiv pentru care urmează a fi reluate, cu titlu exemplificativ:

„**Etapa 1:** Desfășurarea activității de publicitate pentru fiecare bun pe piața considerată țintă, prin mijloace adecvate.

Etapa a 2-a: Colectarea expresiilor de interes din partea posibililor cumpărători, concomitent cu continuarea procedurii de publicitate.

Etapa a 3-a: Trecerea la negocieri directe cu fiecare parte interesată. Negocierile se consemnează într-un proces-verbal care conține pașii parcurși în negociere, precum și concluziile întâlnirii (se reiau negocierile, se suspendă etc.); Se desfășoară în mai multe

^[1] Ibidem.

runde cu fiecare ofertant, pentru a identifica posibilitățile sale de plată, precum și mărimea (intensitatea) interesului său față de bunul scos la vânzare; se poartă, în etapa finală, de către echipe diferite cu ofertanții rămași în cursă, echipe ce nu comunică direct între ele, ci doar cu responsabilul de lucrare (*chinese walls*); această practică este răspândită și se bucură în Occident de încrederea publicului, având în vedere reputația firmelor care o practică și câștigurile ce pot rezulta pentru lichidator din creșterea semnificativă a prețului.

Etapa a 4-a. Se selectează cea mai bună ofertă și se încheie o promisiune bilaterală de vânzare-cumpărare în care este prevăzut modul de continuare al procedurii, astfel: în termen scurt (3-10 zile), promitentul-cumpărător va depune un avans (numerar, scrisoare de garanție) cu titlu de garanție de seriozitate a ofertei, pe care o va pierde dacă nu respectă regulile jocului. Această garanție se fixează, de regulă, între 20-50% din prețul oferit.

După depunerea garanției, lichidatorul prezintă judecătorului-sindic o propunere de aprobare a promisiunii bilaterale (precontractului) de vânzare-cumpărare, care, după examinarea de către acesta, se finalizează de regulă cu o încheiere de aprobare. (...) Încheierea se publică în 2 ziare, cuprinzând condițiile necesare pentru orice terț de a face în 20 de zile o supraofertă, respectiv a oferi un preț cu cel puțin 10 sau 20% (funcție de prețul total) superior celui din promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare, însoțită de o garanție – în aceeași proporție cu cea depusă de promitentul-cumpărător (25-50%) din prețul oferit (...)^[1].

Aici intervine elementul creator care, fără a contraveni dispozițiilor legale, „speculează” în sens pozitiv – pentru averea debitorului – generalitatea dispoziției legale. (...) Plecând însă de la scopul legii – maximizarea averii debitorului – explicarea, detalierea condițiilor necesare pentru a se face o supraofertă concretă, valabilă, constituie un adaos care nu este interzis de lege și care conduce la o procedură de supraofertă care, fără a constitui în sine o licitație, are – asupra prețului – efectul unei licitații. Majoritatea precontractelor prevăd că promitentul cumpărător poate egala supraoferta, în termen de 5 zile, fiind preferat la preț egal. Această clauză controversată constituie rezultatul negocierii globale a precontractului, în care condițiile sunt stabilite strâns legate unele de altele. Astfel, de regulă, dacă pentru un anumit bun, după o perioadă suficient de lungă de expunere pe piață, nimeni nu oferă un preț rezonabil, cât de cât apropiat de prețul de piață apreciat de către lichidator, singura modalitate de a „sparge” blocajul celor câțiva interesați constă în a oferi celui considerat mai decis un avantaj în schimbul căruia respectivul să-și îmbunătățească substanțial oferta anterioară. Practica a confirmat că singurul avantaj apreciat de către potențialul cumpărător constă într-o anumită prioritate, de a avea ultimul cuvânt („*last shot*”) – respectiv opțiunea de a egala prețul și de a fi preferat – astfel că doar în aceste împrejurări posibilul cumpărător și-a îmbunătățit oferta; Teoria conform căreia în caz de preț egal ar trebui trecut la o licitație între cei doi ofertanți are marele viciu că nu ține cont de realitatea comercială, de faptul că promitentul-cumpărător nu va face niciodată o ofertă mult mai bună fără a primi ceva în schimb; dacă acest avantaj nu-i este conferit, el va sta în pasivitate protejându-și „rezerva de preț” în vederea unei licitații viitoare, pentru a avea resurse necesare urcării

^[1] Opinia este formulată în condițiile în care art. 102 din Legea nr. 64/1995 supunea promisiunea bilaterală de vânzare-cumpărare aprobării judecătorului-sindic. Codul insolvenței a eliminat această formalitate, însă argumentul își păstrează valabilitatea pe deplin în condițiile în care aceeași promisiune bilaterală de vânzare-cumpărare este supusă aprobării adunării creditorilor.

prețului. O realitate evidentă a lumii afacerilor constă în aceea că posibili cumpărători care dispun de sumele necesare pentru a concura la achiziții de imobile nu sunt, de regulă, începători în afaceri. Acești investitori nu oferă prețuri peste ceea ce bunul merită cu adevărat în contextul pieței actuale, ce poate fi caracterizată printr-o ofertă excedentară față de cerere, astfel că vor rămâne în expectativă. Dimpotrivă, ei vor căuta să ofere la negocieri chiar prețuri sub valoarea de piață a bunului, fiind conștienți că nu sunt mulți cumpărători solvabili pentru bunuri industriale, că este nevoie de alte cheltuieli pentru repunerea lor în funcțiune sau pentru revânzarea lor etc.

Etapa a 5-a. Se depun eventualele supraoferte care, în termen de câteva zile (de regulă 5) pot fi egalate de către promitentul-cumpărător. Acesta nu va fi obligat să depună o garanție suplimentară, raportată la valoarea supraofertei, pe motive extrem de evidente, astfel:

- comunicându-i noul nivel al garanției, promitentul-cumpărător va afla înainte de expirarea termenului prețul de supraofertă; evident el va putea cunoaște noua supraofertă însă doar la expirarea termenului de 20 de zile, deoarece este contraindicat să afle elemente despre supraofertant pentru a nu-l contacta în vederea realizării unei înțelegeri care să conducă la un preț mic;

- dacă apar 3-4 supraoferte, fiecare supraofertant ar trebui să-și modifice scrisoarea de garanție în repetate rânduri, având chiar posibilitatea ca, înăuntrul perioadei de 20 de zile să facă altă supraofertă, ceea ce conduce în final la dezavantajarea celui care nu va mai avea timp să-și modifice propria supraofertă.

Etapa a 6-a. Se încheie contractul de vânzare-cumpărare, fie cu promitentul-cumpărător, fie cu supraofertantul, după caz. Desigur, clauzele principale ale contractului de vânzare-cumpărare vor prelua termenii promisiunii bilaterale de vânzare-cumpărare, fiind de neconceput să se aprobe prin încheierea judecătorului-sindic anumite condiții contractuale care să fie modificate ulterior, mai ales în ceea ce privește prețul, termenul și modalitatea de plată.

Etapa a 7-a. După plata integrală a prețului se transferă proprietatea asupra cumpărătorului. Pentru evitarea unor situații litigioase complexe, chiar dacă posesia va fi fost transferată, din rațiuni economice (cheltuieli de pază și conservare etc.), încă de la semnarea contractului de vânzare-cumpărare, transferul proprietății este recomandabil să se facă numai după încasarea integrală a prețului”.

4.1.2. Vânzarea prin negociere directă a bunurilor mobile (individual)

59. Legea nr. 85/2006 nu cuprinde dispoziții speciale care să reglementeze această ipoteză. *Vânzarea directă*, ca formă de *executare silită*, este reglementată de dispozițiile art. 754 NCPC, însă aceste prevederi legale sunt în mod vădit incompatibile cu procedura insolvenței, pornind de la premisa existenței unui acord între debitor și creditor în ceea ce privește această modalitate de executare silită și instituind condiția suplimentară a unei oferte de preț a potențialului cumpărător cel puțin egală cu valoarea evaluată a bunului supus vânzării.

În aceste condiții, pentru a permite realizarea vânzării prin negociere directă, regulamentul de vânzare trebuie, cel puțin, să identifice bunul/bunurile supuse acestui tip de vânzare, prețul minim, termenul înăuntrul căruia vânzarea trebuie să se realizeze, condițiile pe care trebuie să le îndeplinească potențialii cumpărători, condițiile de ofertare/supraofertare și, eventual, modalitatea de alegere a cumpărătorului în caz de preț egal.

În doctrină^[1] s-a avansat teza potrivit căreia prețul minim de vânzare trebuie să fie cel din raportul de evaluare și că acesta trebuie să fie depus integral mai înainte de predarea bunului. Apreciem că aceste cerințe pot fi avute în vedere cel mult cu titlu de recoman-dări, întrucât legea nu impune asemenea cerințe, iar creditorii au deplina libertate de a decide altfel (de exemplu, de a accepta un preț inferior celui din raportul de evaluare sau de a accepta plata în rate, chiar după predarea bunului).

4.2. Vânzarea prin negociere directă în condițiile Codului insolvenței a bunurilor mobile și/sau imobile (individual)

60. Prin contrast cu Legea nr. 85/2006, Codul insolvenței nu mai cuprinde dispoziții speciale în materia bunurilor imobile, rezumându-se la două dispoziții exprese în ma-teria *vânzării prin negociere directă*, cuprinse în art. 156 alin. (4): în cazul vânzării prin negociere directă, lichidatorul judiciar va supune aprobării adunării creditorilor și regula-mentul de vânzare. Prevederea reia dispoziția din art. 154 alin. (2) din Codul insolvenței în ceea ce privește prezentarea regulamentului de vânzare, probabil pentru a sublinia necesitatea elaborării unui astfel de act în ipoteza vânzării prin negociere directă, care nu poate fi guvernată de dispozițiile Codului de procedură civilă.

Cea de a doua dispoziție impune formalitățile de publicitate minime: *vânzarea acti-velor* se va face după efectuarea publicațiilor de vânzare de către administratorul judi-ci-iar/lichidator, într-un ziar de largă circulație. Persoanele interesate vor putea inspecta bunurile supuse vânzării după efectuarea publicațiilor de vânzare.

4.3. Vânzarea prin licitație publică

61. Sub imperiul Legii nr. 85/2006, *vânzarea prin licitație publică* poate avea loc fie prin aplicarea unor reguli derogatorii de la dreptul comun în materia licitației publice – Codul de procedură civilă, cuprinse într-un regulament de vânzare, completate cu re-gulile de drept comun în materia vânzării la licitație din Codul de procedură civilă, fie prin aplicarea exclusivă a normelor Codului de procedură civilă, în ipoteza în care regu-lamentul de vânzare nu cuprinde reguli derogatorii sau face o simplă trimitere la Codul de procedură civilă. În ambele cazuri, normele din Codul de procedură civilă în materia licitației publice se aplică doar în măsura compatibilității lor cu procedura insolvenței, conform art. 149 din Legea nr. 85/2006.

Codul insolvenței aduce o schimbare majoră în ceea ce privește incidența normelor Codului de procedură civilă în materia valorificării bunurilor din averea debitorului prin licitație publică. Pe de o parte, art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței păstrează regula generală a aplicabilității normelor din Codul de procedură civilă doar în completarea ce-lor din Codul insolvenței și doar în măsura compatibilității lor cu normele de procedura insolvenței. Pe de altă parte, în conformitate cu dispozițiile art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței, în cazul vânzării bunurilor prin licitație publică, aceasta se va putea efectua și potrivit Codului de procedură civilă. În cazul în care adunarea creditorilor nu aprobă un regulament de vânzare, potrivit art. 154 alin. (2), sau în ipoteza în care, deși a fost apro-bat un regulament de vânzare, bunurile nu au fost valorificate într-un termen rezonabil, la cererea lichidatorului judiciar, aprobată de judecătorul-sindic, vânzarea bunurilor se va efectua prin licitație publică, potrivit Codului de procedură civilă.

^[1] N. Tăndăreanu, op. cit., p. 361.

Problematica aplicării dispozițiilor Codului de procedură civilă în cadrul procedurii insolvenței reglementate de Codul insolvenței a dat naștere deja unor controverse, conținându-se două opinii diametral opuse.

Potrivit primei opinii, care tinde să devină majoritară, întemeiate pe o interpretare teleologică a dispozițiilor art. 156 din Codul insolvenței, aceste norme nu derogă de la principiul instituit de art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței, astfel încât normele din Codul de procedură civilă care reglementează licitația publică vor fi aplicabile în cadrul procedurii insolvenței doar în măsura compatibilității lor cu principiile și normele Codului insolvenței, oricât conflict între normele Codului de procedură civilă și cele ale Codului insolvenței urmând a fi soluționat prin eliminarea de la aplicare a acelor norme din Codul de procedură civilă care contravin principiilor și normelor Codului insolvenței.

Potrivit celei de-a doua opinii, care tinde să rămână minoritară, art. 156 din Codul insolvenței instituie două cazuri exprese de aplicare necondiționată de compatibilitate a normelor din Codul de procedură civilă în cadrul procedurii insolvenței. Este vorba, deci, de o situație distinctă, în care, la alegerea lichidatorului judiciar, aprobată de creditorii, lichidatorul judiciar poate efectua vânzarea prin licitație publică fie conform regulamentului, eventual completat cu norme din Codul de procedură civilă, fie exclusiv conform Codului de procedură civilă, ca seturi de norme distincte. Mai mult, potrivit art. 156 alin. (2) teza finală din Codul insolvenței, în ipoteza în care, deși a fost aprobat un regulament de vânzare, bunurile nu au fost valorificate într-un termen rezonabil, la cererea lichidatorului judiciar, aprobată de judecătorul-sindic, vânzarea bunurilor se va efectua prin licitație publică, potrivit Codului de procedură civilă.

Această opinie pornește de la premisa unei reglementări distincte și excepționale a posibilității efectuării vânzării prin licitație publică și potrivit Codului de procedură civilă / doar potrivit Codului de procedură civilă în cazul neaprobării de către creditorii a unui regulament de vânzare/în cazul în care, deși a fost aprobat un regulament de vânzare, bunurile nu au fost valorificate într-un termen rezonabil. Această premisă se întemeiază, la rândul său, pe interpretarea potrivit căreia reglementarea distinctă în cuprinsul art. 156 din Codul insolvenței a celor două cazuri de aplicare a normelor Codului de procedură civilă nu poate să conducă la concluzia aplicabilității lor în limitele art. 342 alin. (1) din Codul insolvenței, deoarece o astfel de reglementare ar constitui un paralelism legislativ, interzis de art. 16 alin. (1) din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative^[1].

Consecințele adoptării primei sau celei de a doua interpretări sunt deosebit de importante, după cum se va arăta în continuare.

62. Opțiunea legiuitorului de a conferi aplicabilitate în cadrul procedurii insolvenței normelor din Codul de procedură civilă referitoare la licitația publică are la bază intenția sa de a preveni blocarea procedurilor de insolvență, în condițiile în care regulamentele de vânzare aprobate de creditorii nu ar permite sau ar permite în condiții foarte restrictive reducerea prețurilor de vânzare ale activelor din averea debitorilor.

În contextul Legii nr. 85/2006, regulamentul de vânzare aprobat de adunarea creditorilor are o forță juridică egală cu cea a legii, astfel încât lichidatorul judiciar nu poate deroga de la dispozițiile sale, fiind ținut să organizeze licitații pentru vânzarea bunuri-

^[1] „(1) În procesul de legiferare este interzisă instituirea aceluiași reglementări în mai multe articole sau alineate din același act normativ ori în două sau mai multe acte normative. Pentru sublinierea unor conexiuni legislative se utilizează norma de trimitere”.

lor cu respectarea strictă a regulamentului de vânzare, nefiindu-i permis să diminueze prețurile de pornire sau numărul de licitații cu un anumit preț de pornire fără acordul creditorilor.

În practică, astfel de regulamente de vânzare, adoptate de creditorii sau impuse de creditorul majoritar, au condus la prelungirea excesivă a duratelor procedurilor de insolvență sau chiar la blocarea acestor proceduri, în condițiile în care creditorii nu erau dispuși la diminuarea prețurilor de pornire a licitațiilor, cu efectul acumulării unor cheltuieli de procedură semnificative.

Introducerea în art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței a tezei finale mai sus citate are drept finalitate, pe de o parte, suplinirea absenței manifestării de voință a creditorilor, atunci când activele aflate în averea debitorului nu prezintă atractivitate, iar creditorii sunt dezinteresați să voteze un regulament de valorificare, iar, pe de altă parte, funcționează ca soluție procedurală *in extremis*, pentru situația în care regulamentul de valorificare a bunurilor din averea debitorului nu permite valorificarea lor într-un termen rezonabil.

Dat fiind faptul că, în contextul art. 156 alin. (2) teza finală din Codul insolvenței, decizia de a aplica dispozițiile Codului de procedură civilă vine să suplinească sau să înlăture voința creditorilor, singura opțiune a legiuitorului era de a transfera atribuția de a lua această decizie judecătorului-sindic.

Desigur, o atare atribuție de a aprecia asupra *caracterului rezonabil al termenului de realizare a valorificării bunurilor din averea debitorului* este una de oportunitate și nu de verificare a legalității actelor de procedură, fapt care constituie o derogare importantă de la principiul instituit prin dispozițiile art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006]. În condițiile în care creditorii au aprobat un regulament de vânzare, urmărindu-și interesele proprii de satisfacere a creanțelor lor și asumându-și termenele aferente operațiunilor de lichidare, intervenția judecătorului-sindic, la cererea lichidatorului judiciar, în sensul lipirii de eficacitate a regulamentului de vânzare pentru trecerea unei perioade de timp considerate nerezonabile de către lichidator și judecătorul-sindic, depășește în mod vădit limitele controlului de legalitate reglementat de art. 45 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006].

63. *Dezavantajele vânzării prin licitație publică* guvernată exclusiv de normele Codului de procedură civilă au fost semnalate imediat după intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006, arătându-se în doctrină^[1] că acest tip de vânzare poate conduce la încălcări flagrante ale principiului maximizării averii debitorului, în condițiile în care art. 443 alin. (3) C. proc. civ. 1865 și, respectiv, art. 509 alin. (5) C. proc. civ. 1865 permiteau adjudecarea bunului mobil, respectiv imobil vândut, la cea de a treia licitație publică, la cel mai mare preț oferit, în condițiile participării a cel puțin doi licitatori care nu au calitatea de creditor, oricât de mic ar fi prețul oferit față de valoarea evaluată a bunului.

Cu toate acestea, *contestațiile* formulate împotriva unor atare vânzări la licitație publică la prețuri mult inferioare celor rezultate din evaluare au fost în mod constant respinse de instanțele de judecată^[2].

^[1] Șt. Dumitru, Lichidarea bunurilor din averea debitorului în lumina noilor reglementări legale, în Phoenix, aprilie-iunie 2007.

^[2] C.A. Ploiești, s. com., dec. nr. 329 din 26 februarie 2009, respectiv C.A. Iași, s. com., dec. nr. 141 din 29 ianuarie 2007, în Procedura insolvenței – CPI 2006-2009 (...), p. 506-509, p. 514-516.

Aceste dezavantaje se mențin și în prezent. Articolul 768 alin. (5) NCPC statuează că bunul [mobil] se adjudecă celui care, după 3 strigări succesive, făcute la intervale de timp care să permită opțiuni și supralicitări, oferă prețul cel mai mare, iar atunci când există un singur concurent, acesta a oferit prețul de începere a licitației. În mod similar, art. 845 alin. (8) și (9) NCPC prevede că în cazul în care nu este oferit nici prețul la care imobilul a fost evaluat, vânzarea se va amâna la un alt termen, de cel mult 30 de zile, pentru care se va face o nouă publicație, în condițiile art. 838. La acest termen, licitația va începe de la prețul de 75% din prețul de pornire al primei licitații. Dacă nu se obține prețul de începere a licitației și există cel puțin 2 licitatori, la același termen, bunul va fi vândut la cel mai mare preț oferit, dar nu mai puțin de 30% din prețul de pornire al primei licitații. Vânzarea se va putea face chiar dacă se prezintă o singură persoană care oferă prețul de la care începe licitația. În conținutul publicației de vânzare întocmite pentru cel de-al doilea termen vor fi inserate, sub sancțiunea nulității, toate aceste mențiuni privind modul de stabilire a prețului de adjudecare a imobilului la al doilea termen. Dacă nici la a doua licitație imobilul nu a fost adjudecat, la cererea creditorului, executorul judecătoresc va putea stabili o nouă licitație, în condițiile prevăzute la alin. (8). La termenul stabilit la alin. (8), licitația va începe de la prețul de 50% din prețul de pornire al primei licitații. Dacă nu se obține acest preț și există cel puțin 2 licitatori, bunul va fi vândut, la acest termen, la cel mai mare preț oferit, chiar dacă acesta din urmă este mai mic decât valoarea creanței ori a garanției. Vânzarea se va putea face chiar dacă se prezintă o singură persoană care oferă prețul de pornire al acestei licitații. În conținutul publicației de vânzare întocmite pentru cel de-al treilea termen vor fi inserate, sub sancțiunea nulității, toate aceste mențiuni privind modul de stabilire a prețului de adjudecare a imobilului la al treilea termen.

Un alt inconvenient al aplicării exclusive a dispozițiilor Codului de procedură civilă rezidă în incompatibilitatea vădită cu procedura insolvenței a dispozițiilor Codului de procedură civilă care permit creditorului cu rang util (cu cauza de preferință de cel mai înalt rang) să depună creanța sa în contul prețului bunului mobil vândut prin licitație publică și să îl adjudece, fără să fie obligat să plătească prin depunerea unei sume de bani cel puțin cheltuielile de procedură aferente vânzării bunului respectiv.

64. Codul insolvenței și Legea nr. 85/2006, pe de o parte și, respectiv, Codul de procedură civilă, pe de altă parte, reglementează *proceduri execuționale* cu soluții diferite în ceea ce privește avansarea cheltuielilor aferente realizării creanțelor. Chiar dacă reglementarea de bază este aceeași, în sensul că atât art. 4 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 și art. 39 alin. (1) din Codul insolvenței, cât și art. 669 alin. (2) NCPC stabilesc că debitorul suportă cheltuielile aferente procedurii execuționale, în cazul executării silit efectuate conform noului Cod de procedură civilă, aceste cheltuieli se avansează de către creditorul următor și sunt cuprinse în titlul executoriu emis de executorul judecătoresc privind aceste speze, astfel încât la momentul adjudecării creditorul își poate depune toate titlurile executorii în contul prețului bunului adjudecat.

În cazul *cheltuielilor aferente procedurii insolvenței*, acestea se suportă din averea debitorului, putând fi avansate de către administratorul/lichidatorul judiciar, urmând a fi recuperate în temeiul art. 159 alin. (1) pct. 1, împreună cu onorariul practicianului în insolvență, din valoarea bunurilor vândute, chiar dacă aceste bunuri sunt grevate de cauze de preferință, dar numai în limita cheltuielilor efectuate cu vânzarea bunului, respectiv conform art. 121 pct. 1 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 161 pct. 1 din

Codul insolvenței). În același context, se impune și analiza condițiilor în care creditorii îndreptățiți să participe la procedură pot participa la licitația organizată pentru vânzarea bunurilor debitorului conform Codului de procedură civilă.

65. Cu privire la *bunurile mobile*, art. 766 NCPC prevede că poate participa la licitație orice persoană care are capacitate deplină de exercițiu, precum și capacitatea de a dobândi bunurile scoase la licitație. Debitorul urmărit nu va putea fi adjudecatar, nici personal, nici prin persoană interpusă. Creditorii urmăritori sau intervenienți nu pot, nici personal, nici prin persoane interpuse, să adjucece bunurile oferite spre vânzare la un preț mai mic de 75% din prețul stabilit potrivit art. 757 alin. (1) sau alin. (3).

În conformitate cu art. 767, participanții la licitație trebuie să consemneze, cel mai târziu până la începerea licitației, la dispoziția executorului judecătoresc, cel puțin 10% din prețul de începere a licitației pentru bunurile pe care intenționează să le cumpere. Creditorii urmăritori sau intervenienți nu au obligația de a depune garanția prevăzută la alin. (1).

În conformitate cu art. 770 NCPC, după adjudecarea bunului, adjudecatarul este obligat să depună de îndată întregul preț, în numerar ori cu ordin de plată sau orice alt instrument legal de plată; la cererea sa, acceptată de creditor sau de reprezentantul său, prețul se va putea depune și ulterior, în cel mult 5 zile de la data licitației. În cazul în care adjudecatar este însuși creditorul urmăritor și nu participă alți creditori la urmărire sau, deși participă, aceștia se află într-un rang de preferință inferior creditorului adjudecatar, el va putea depune în contul prețului creanța sa, în tot sau în parte. Dacă prețul bunului este mai mare decât valoarea creanței, creditorul va putea depune în contul prețului creanța sa numai dacă depune, de îndată sau în cel mult 5 zile de la data licitației, diferența dintre prețul de adjudecare și valoarea creanței.

66. În *materie imobiliară*, în conformitate cu dispozițiile art. 842 alin. (1) NCPC, poate participa la licitație, în calitate de licitator, orice persoană care are capacitate deplină de exercițiu, precum și capacitatea să dobândească bunul ce se vinde. Potrivit alin. (5) al aceluiași articol, creditorii urmăritori sau intervenienți nu pot să adjucece bunurile oferite spre vânzare la o valoare mai mică de 75% din prețul de pornire a primei licitații. În conformitate cu art. 843 NCPC, persoanele care vor să cumpere imobilul la licitație sunt obligate să depună la unitatea prevăzută de lege, la dispoziția executorului judecătoresc, până la termenul stabilit pentru vânzare, o garanție reprezentând 10% din prețul de începere a licitației pentru termenul respectiv. Dovada consemnării va fi atașată ofertei de cumpărare. Creditorii urmăritori sau intervenienți nu au obligația de a depune garanția prevăzută la alin. (1). Dacă valoarea creanței ipotecare nu acoperă cuantumul garanției, se va completa diferența.

Potrivit art. 848 NCPC, adjudecatarul imobilului va depune prețul la dispoziția executorului judecătoresc, în termen de cel mult 30 de zile de la data vânzării, ținându-se seama de garanția depusă în contul prețului. Când adjudecatar este un creditor, el poate depune creanța sa în contul prețului, fiind obligat, dacă este cazul, să depună diferența de preț în termenul prevăzut la alin. (1). Dacă există alți creditori care au un drept de preferință în condițiile art. 864 și art. 866, creditorul adjudecatar va depune până la concurența prețului de adjudecare și suma necesară pentru plata creanțelor lor, în măsura în care acestea nu sunt acoperite prin diferența de preț.

67. Articolul 864 NCPC stabilește *rangul creanțelor cu preferință generală*, după cum urmează: în cazul în care urmărirea silită a fost pornită de mai mulți creditori sau când, până la eliberarea sau distribuirea sumei rezultate din executare, au depus și alți creditori titlurile lor, executorul judecătoresc procedează la distribuirea sumei potrivit următoarei ordini de preferință, dacă legea nu prevede altfel:

a) creanțele reprezentând cheltuieli de judecată, pentru măsuri asigurătorii sau de executare silită, pentru conservarea bunurilor al căror preț se distribuie, orice alte cheltuieli făcute în interesul comun al creditorilor, precum și creanțele născute împotriva debitorului pentru cheltuielile efectuate cu ocazia îndeplinirii condițiilor sau formalităților prevăzute de lege pentru dobândirea dreptului asupra bunului adjudecat și înscrierea acestuia în registrul de publicitate;

b) cheltuielile de înmormântare a debitorului, în raport cu condiția și starea acestuia;

c) creanțele reprezentând salarii și alte datorii asimilate acestora, pensiile, sumele cuvenite șomerilor, potrivit legii, ajutoarele pentru întreținerea și îngrijirea copiilor, pentru maternitate, pentru incapacitate temporară de muncă, prevenirea îmbolnăvirilor, refacerea sau întărirea sănătății, ajutoarele de deces, acordate în cadrul asigurărilor sociale, precum și creanțele reprezentând obligația de reparare a pagubelor cauzate prin moarte, vătămarea integrității corporale sau a sănătății;

d) creanțele rezultând din obligația legală de întreținere, alocații pentru copii sau obligația de plată a altor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență;

e) creanțele fiscale provenite din impozite, taxe, contribuții și din alte sume stabilite potrivit legii, datorate bugetului de stat, bugetului asigurărilor sociale de stat, bugetelor locale și bugetelor fondurilor speciale;

f) creanțele rezultând din împrumuturi acordate de stat;

g) creanțele reprezentând despăgubiri pentru repararea pagubelor pricinuite proprietății publice prin fapte ilicite;

h) creanțele rezultând din împrumuturi bancare, din livrări de produse, prestări de servicii sau executări de lucrări, precum și din chirii sau arenze;

i) creanțele reprezentând amenzi cuvenite bugetului de stat sau bugetelor locale;

j) alte creanțe.

În cazul creanțelor care au aceeași ordine de preferință, dacă legea nu prevede altfel, suma realizată se repartizează între creditori proporțional cu creanța fiecăruia.

Potrivit art. 866 NCPC, dacă există creditori care, asupra bunului vândut, au drepturi de gaj, ipotecă sau alte drepturi de preferință conservate, în condițiile prevăzute de lege, la distribuirea sumei rezultate din vânzarea bunului, creanțele lor vor fi plătite înaintea creanțelor prevăzute la art. 864 alin. (1) lit. c) NCPC.

68. Din analiza dispozițiilor legale mai sus citate, rezultă că dispozițiile Codului de procedură civilă în materia adjudecării la vânzările prin licitație publică a bunurilor mobile (art. 770 NCPC) nu conțin nicio prevedere similară celei cuprinse în art. 848 NCPC, care impun adjudecaturului unui bun imobil să depună sumele necesare plății creanțelor cu rang prioritar, inclusiv sumele necesare plății „cheltuielilor făcute în interesul comun al creditorilor”, noțiune care, interpretată extensiv, ar putea acoperi cheltuielile de procedură efectuate în procedura insolvenței.

În consecință, în măsura în care un creditor are o *creanță cu rang util*, o va putea depune pentru a adjudeca bunurile mobile supuse valorificării în procedura insolvenței, fără a achita cheltuielile de procedură care, atât conform art. 159 alin. (1) pct. 1 din Co-

dul insolvenței [corespondentul art. 121 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], cât și potrivit art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței [corespondentul art. 123 pct. 1], se plătesc cu maximă prioritate în caz de faliment^[1].

În acest context, se impun câteva observații. În măsura în care dispozițiile art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței sunt interpretate în sensul că dispozițiile Codului de procedură civilă sunt aplicabile *doar în măsura compatibilității lor* cu Codul insolvenței, problema recuperării cheltuielilor de procedură de la creditorul adjudecatar al bunurilor mobile își găsește soluția în dispozițiile art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței. Aceste norme stabilesc că bunurile vor putea fi distribuite creditorilor în contul creanțelor pe care le dețin împotriva averii debitorului, în urma unei propuneri a creditorului, cu obligația acestuia de a achita toate sumele ce ar fi fost datorate creditorilor aflați pe ordinele de prioritate anterioare, precum și celor de pe aceeași ordine de prioritate, potrivit prevederilor art. 159 și 161 [din Codul insolvenței (s.n.)], în situația în care bunul ar fi fost vândut către un terț. Dacă sunt mai multe propuneri, bunul se va distribui celui care oferă cel mai mare preț, caz în care creanța respectivului creditor se va scădea din prețul datorat. În toate cazurile, prețul bunurilor distribuite creditorilor în contul creanțelor nu va fi mai mic decât valoarea stabilită prin raportul de evaluare. În consecință, adjudecarea de către un creditor a unui bun mobil la o licitație organizată conform Codului de procedură civilă va fi condiționată și de aplicarea art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței, care completează Codul de procedură civilă cu obligația creditorului adjudecatar de a plăti toate sumele ce ar fi fost datorate creditorilor aflați pe ordinele de prioritate anterioare, precum și celor de pe aceeași ordine de prioritate, potrivit prevederilor art. 159 și art. 161 din Codul insolvenței.

Potrivit celei de a doua interpretări a dispozițiilor art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței, care conferă autonomie deplină normelor Codului de procedură civilă referitoare la licitația publică în cadrul procedurii insolvenței, o atare combinație a normelor Codului de procedură civilă cu cele ale art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței ar fi exclusă, deoarece ar conduce la o *lex tertia*. Această interpretare se sprijină și pe un argument derivat din interpretarea dedusă din locul situării art. 175 alin. (2) și (3) în economia reglementării.

Astfel, potrivit art. 175 alin. (2) din Codul insolvenței, „o procedură de faliment va fi închisă atunci când judecătorul-sindic a aprobat raportul final, când toate *fondurile* sau *bunurile* din averea debitorului au fost distribuite și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă”. În cuprinsul acestor dispoziții, Codul insolvenței pare a distinge între distribuirea de fonduri și cea de bunuri, principiul lichidării rămânând acela al valorificării bunurilor prin obținerea de sume de bani pentru plata creanțelor lichide înscrise în tabel. În contextul lichidării, preluarea bunurilor debitorului în contul creanțelor reprezintă o soluție subsidiară față de lichidarea lor, o soluție *in extremis*, atunci când bunurile debitorului nu pot fi valorificate prin vânzarea lor către terți. Caracterul subsidiar și excepțional al acestei metode de valorificare a bunurilor debitorului – preluarea lor de către creditori în contul creanțelor lor (denumită nefericit „distribuire de bunuri”) – justifică reglementarea ei prin norme cuprinse în secțiunea a 9-a a Codului insolvenței „Închiderea procedurii” și nu în capitolele din secțiunea a 7-a a Codului insolvenței „Falimentul și lichidarea activelor”, referitoare la lichidare și la distribuirea de sume. Această preluare în contul creanțelor reprezintă, de fapt, un alt tip de licitație, presupune plata cheltuielilor de procedură și a creanțelor tuturor creditorilor

^[1] În acest sens, C.A. Craiova, s. com., dec. nr. 1533 din 19 octombrie 2006, în Procedura insolvenței – CPI 2006-2009 (...), p. 543-544.

cu ordine de prioritate superioară și egală și este guvernată de *principiul „prețul cel mai mare”*.

Concluzionând, potrivit celei de a doua interpretări a art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței, dispozițiile art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței nu au valoare de principiu și nu ar putea fi aplicate la adjudecarea bunurilor mobile, respectiv la distribuirea sumelor de bani rezultate din adjudecarea bunurilor mobile de către creditorii participanți la licitația publică.

În fine, s-a avansat și o a treia opinie, intermediară, potrivit căreia, spre deosebire de art. 156 alin. (2) din Codul insolvenței, care limitează aplicabilitatea Codului de procedură civilă doar la licitație, până la adjudecare, art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței se referă și la distribuire și nu distinge între bunuri mobile și imobile. În consecință, el poate fi interpretat ca impunând creditorului adjudecatar al unui bun mobil obligația suplimentară de a plăti și cheltuielile de procedură, conform art. 159 și art. 161, pe lângă prețul adjudecării stabilit conform Codului de procedură civilă, și cheltuielile de procedură. Ne raliem acestei ultime opinii, subliniind faptul că ea respectă atât principiul acoperirii cheltuielilor de procedură din averea debitorului, reglementat de art. 39 alin. (1) din Codul insolvenței, cât și imperativul de a nu crea o *lex tertia* prin combinarea dispozițiilor Codului de procedură civilă cu cele ale Codului insolvenței.

În altă ordine de idei, în același context al vânzării la licitație publică, practica judiciară a stabilit că inserarea în regulamentul de vânzare a unei clauze penale cu titlu de cuantificare pe cale convențională a daunelor-interese pe care vânzătorul (debitorul în insolvență prin lichidator) le poate solicita în cazul în care cumpărătorul (adjudecatarul) nu-și îndeplinește obligațiile contractuale asumate nu contravine dispozițiilor legii^[1].

4.3.1. Vânzarea prin licitație publică a bunurilor mobile (individual)

69. Nici Legea nr. 85/2006, nici Codul insolvenței nu conțin norme care să reglementeze vânzarea prin licitație publică a bunurilor mobile, astfel încât, în măsura în care regulamentul de vânzare nu cuprinde norme derogatorii de la regulile stabilite de Codul de procedură civilă, vor fi aplicabile normele procedurale de drept comun în materia vânzării prin licitație publică (art. 757-777 NCPC).

În măsura în care se pune în discuție compatibilitatea unora dintre normele Codului de procedură civilă în această materie cu normele cuprinse în Codul insolvenței, apreciem că sunt incompatibile cu procedura insolvenței dispozițiile art. 757 NCPC referitoare la evaluarea bunului mobil, inclusiv prin expertiză, în condițiile în care atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței conțin dispoziții speciale referitoare la evaluarea bunurilor din averea debitorului, mai sus analizate. Tot incompatibile cu procedura insolvenței apar și dispozițiile art. 768 alin. (6) NCPC, care prevăd că dacă bunul este grevat de vreun drept real de folosință, dobândit ulterior înscrierii vreunei ipotece, la primul termen de vânzare strigările vor începe de la prețul cel mai mare oferit sau, în lipsă, de la cel fixat în publicație, diminuat cu valoarea acestor drepturi socotită potrivit art. 757 alin. (2) NCPC. Vânzarea unui drept de proprietate grevat de o ipotecă mobilă nu este compatibilă cu procedura insolvenței, deoarece în conformitate cu dispozițiile art. 91 din Codul insolvenței [corespondentul art. 53 din Legea nr. 85/2006], bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în exercițiul atribuțiilor sale, sunt do-

[1] În acest sens, Trib. com. Mureș, încheierea nr. 334 din 28 martie 2007, în Procedura insolvenței – CPJ 2006-2009 (...), p. 523-524.

bândite libere de orice sarcini, precum privilegii, ipoteci, gajuri sau drepturi de retenție, sechestre, de orice fel. Fac excepție de la acest regim măsurile asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse.

4.3.2. Vânzarea prin licitație publică a bunurilor imobile (individual)

70. În mod similar, nici în ceea ce privește vânzarea prin licitație publică a bunurilor imobile, în mod individual, Legea nr. 85/2006 și Codul insolvenței nu conțin norme speciale în acest sens; în consecință, în măsura în care regulamentul de vânzare nu cuprinde reguli derogatorii de la normele Codului de procedură civilă, vor fi aplicabile normele procedurale de drept comun în materia vânzării prin licitație publică (art. 828-862 NCPC).

În măsura în care se pune în discuție compatibilitatea unora dintre normele Codului de procedură civilă în această materie cu normele cuprinse în Codul insolvenței, apreciem că sunt incompatibile cu procedura insolvenței dispozițiile art. 828 și art. 835 NCPC referitoare la evaluarea bunului imobil, în condițiile în care atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței conțin dispoziții speciale referitoare la evaluarea bunurilor din averea debitorului, mai sus analizate. În mod similar, apar incompatibile cu dispozițiile Codului insolvenței și ale Legii nr. 85/2006 și prevederile art. 829 NCPC referitoare la evacuarea debitorului de către instanța de executare și cele ale art. 830-831 NCPC referitoare la administrarea imobilului de către un administrator sechestrul, aceste atribuții revenind lichidatorului judiciar. Tot incompatibile cu procedura insolvenței apar și dispozițiile art. 845 alin. (6) NCPC, care prevăd că dacă imobilul este grevat de vreun drept de uzufruct, uz, abitație sau servitute intabulate ulterior înscrierii vreunei ipoteci, la primul termen de vânzare strigările vor începe de la prețul cel mai mare oferit sau, în lipsă, de la cel fixat în publicație, scăzut cu valoarea acestor drepturi socotită potrivit art. 836 alin. (2) NCPC. Vânzarea unui drept de proprietate grevat de o ipotecă imobiliară nu este compatibilă cu procedura insolvenței, deoarece în conformitate cu dispozițiile art. 91 din Codul insolvenței [corespondentul art. 53 din Legea nr. 85/2006]), bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în exercițiul atribuțiilor sale, sunt dobândite libere de orice sarcini, precum privilegii, ipoteci, gajuri sau drepturi de retenție, sechestre, de orice fel. Fac excepție de la acest regim măsurile asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse.

4.4. Vânzarea în bloc

71. Vânzarea în bloc poate avea ca obiect atât totalitatea bunurilor din averea debitorului, afacerea (întreprinderea) debitorului în totalitatea sa, cât și *subansambluri funcționale*. Potrivit art. 5 pct. 65 din Codul insolvenței, subansamblul funcțional este grup de bunuri ale debitorului care asigură realizarea unui produs finit, de sine stătător, sau permite desfășurarea unei afaceri independente. Astfel cum am arătat mai sus, definiția legală din cuprinsul Codului insolvenței se deosebește de cea cuprinsă în penultima teză a alin. (4) al art. 116 din Legea nr. 85/2006, deoarece nu a preluat și teza finală, potrivit căreia un subansamblu este considerat funcțional de Legea nr. 85/2006 numai dacă are asigurat accesul la drumul public și la folosirea utilităților.

În conformitate cu art. 117 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, în cazul în care se propune vânzarea în bloc prin negociere directă, lichidatorul va putea propune, în baza ofertelor primite, începerea negocierii cu unul sau mai mulți cumpărători identificați, cu preci-

zarea condițiilor de plată și a prețului minim de pornire a negocierii, care nu poate fi inferior prețului de evaluare.

Legea nr. 85/2006 nu exclude însă demararea demersurilor de vânzare fără un cumpărător identificat.

Deși nu menționează expres această posibilitate, atât Codul insolvenței, cât și Legea nr. 85/2006 permit și vânzarea în bloc prin licitație publică, în aceleași condiții arătate mai sus pentru vânzarea prin licitație publică a bunurilor individuale. Atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței reglementează expres ipotezele vânzării bunurilor în bloc și individual, cu varianta vânzării în bloc a bunurilor care reprezintă subansambluri funcționale.

Cu toate acestea, practica insolvenței a arătat că, în numeroase situații, cumpărătorii sunt interesați să cumpere loturi de bunuri care nu se încadrează în noțiunea de „subansambluri funcționale”, la prețuri diferite de suma valorilor individuale ale acestor bunuri, stabilite prin raportul de evaluare aprobat de creditorii. Dat fiind faptul că insolvența reprezintă o instituție juridică de drept privat, iar normele care reglementează vânzarea bunurilor debitorului nu cuprind o interdicție expresă în ceea ce privește o atare vânzare de loturi de bunuri, apreciem că nu există niciun impediment de natură legală în acest sens. Desigur, în măsura în care prețul oferit de potențialul cumpărător al unui astfel de lot ar fi inferior sumei care ar rezulta din adăugarea valorilor individuale ale bunurilor care intră în componența sa, astfel cum acestea au fost stabilite prin raportul de evaluare aprobat de creditorii, vânzarea lotului respectiv de bunuri la prețul oferit de cumpărător va trebui să fie supusă de lichidatorul judiciar aprobării creditorilor.

72. O altă ipoteză interesantă de valorificare a bunurilor din averea debitoarei în bloc, atunci când vânzarea în bloc vizează o afacere funcțională, a fost avansată în doctrina recentă^[1]: *achiziția de participații (share deal)*. Această formă de achiziție pare mai adecvată în cazul în care se intenționează achiziția unui *going concern* pentru că, de regulă, permisele, licențele și autorizațiile existente vor fi transmise către cumpărător, iar acesta nu va trebui să demareze formalitățile pentru reemiterea lor. O structură de achiziție de tipul *share deal* nu conduce decât la schimbarea titularului societății deținătoare a autorizațiilor, fără niciun impact asupra valabilității acestora, însă are aplicabilitate doar în privința procedurilor de observație sau reorganizare^[2].

Pe de altă parte, atunci când societatea vânzătoare se află în faliment, este de așteptat ca preferința cumpărătorului să fie în favoarea unui *asset deal*, ceea ce îi va asigura posibilitatea dobândirii unui activ liber de sarcini, spre deosebire de un *share deal* care ar plasa cumpărătorul în contextul procedurii insolvenței^[3]. Mai mult, transferul contrac-

^[1] M. Neagu, M. Popescu, *Asset Deal sau Share Deal în structurarea unei tranzacții imobiliare?*, <http://www.juridice.ro/320091/asset-deal-sau-share-deal-in-structurarea-unei-tranzactii-imobiliare.html>.

^[2] Când debitorul ajunge în procedura falimentului, el pierde autorizațiile, permisele, licențele, legislația secundară în diverse materii prevăzând retragerea acestora cu data pronunțării sentinței de faliment (de exemplu, a se vedea în acest sens dispozițiile art. 33 alin. (1) din Regulamentul pentru acordarea licențelor și a autorizațiilor în sectorul energiei electrice, care prevede retragerea, de către autoritatea competentă, a autorizației și/sau a licenței, în ipoteza în care titularul ajunge în procedura de faliment.

^[3] În această materie poate apărea discuția privind incidența art. 27 și art. 28 C. proc. fisc., precum și a Ordinului A.N.A.F. nr. 127/2014, care introduc răspunderea solidară a terțului în ipoteza în care există întrunită cerința controlului societar, pe de o parte, precum și cea vizând ponderea unor active transferate, existența unor contracte preluate sau a unor transferuri de angajați. În opinia noastră, dispozițiile privind răspunderea solidară a terțului care a preluat, de la un debitor față de care a fost deschisă procedura insolvenței prin sentință a judecătorului-sindic, nu este incidentă. În continuare aducem câteva argumente în acest sens: a)

tual al unei activități continue (afacere) nu se supune TVA, în condițiile și cu respectarea dispozițiilor art. 128 alin (7) C. fisc.

Avantajul netaxării pe valoarea adăugată este conferit expres de art. 154 alin. (2) din Legea nr. 85/2014, care prevede că orice vânzare în bloc a bunurilor, ca subansamblu funcțional, indiferent dacă se face în reorganizare sau în faliment, poate fi considerată transfer de active, dacă îndeplinește dispozițiile art. 128 alin. (7) din Legea nr. 571/2003.

Norma fiscală prevede că transferul tuturor activelor sau al unei părți a acestora, efectuat cu ocazia transferului de active sau, după caz, și de pasive, indiferent dacă este realizat ca urmare a vânzării sau ca urmare a unor operațiuni precum divizarea, fuziunea ori ca aport în natură la capitalul unei societăți, nu constituie livrare de bunuri dacă primitorul activelor este o persoană impozabilă. Primitorul activelor este considerat a fi succesorul cedentului în ceea ce privește ajustarea dreptului de deducere prevăzută de lege.

4.5. Vânzarea valorilor mobiliare

73. Caracteristica definitorie a operațiunilor cu valori mobiliare este aceea că ele se pot efectua doar pe piața de capital și doar prin intermedierea brokerilor. În consecință, atât art. 119 din Legea nr. 85/2006, cât și art. 157 din Legea nr. 85/2014 prevăd în mod expres că valorile mobiliare vor fi vândute în condițiile Legii nr. 297/2004, cu modificările și completările ulterioare.

În doctrină^[1] s-a arătat că practica judecătorilor-sindici de a dispune valorificarea acțiunilor deținute de către debitor în condițiile Legii nr. 297/2004 este greșită, deoarece atât art. 9 din Regulamentul BVB nr. 4/2005, cât și Regulamentul CNVM nr. 9/2006 stabilesc că transferurile directe ale dreptului de proprietate asupra valorilor mobiliare ca efect al lichidării și punerii în executare a unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile reprezintă tranzacții exceptate.

4.6. Alte tipuri de valorificare a bunurilor din averea debitorului

74. Atât Legea nr. 85/2006, cât și Codul insolvenței, reglementează *vânzarea-cumpărarea ca modalitate principală de lichidare*, având în vedere necesitatea transformării drepturilor care formează activul patrimoniului debitorului în bani lichizi, pentru a acoperi creanțele care compun masa credală.

Vânzarea-cumpărarea nu este însă de esența lichidării, ci doar de natura sa, iar patrimoniul debitorului poate conține și alte drepturi asupra bunurilor decât cele reale, drepturi a căror lichidare ar putea fi imposibilă pe calea vânzării-cumpărării. Desigur, scopul încheierii acestor convenții trebuie să subsumeze scopului procedurii falimen-

Toate operațiunile de transfer vizate de Instrucțiunile ANAF aprobate prin Ordinul nr. 127/2014 se petrec la momentul la care debitorul este declarat insolubil, conform procedurilor fiscale [art. 3.1. lit. a)-c)]: „au dobândit în orice mod active de la debitorul declarat insolubil”, respectiv art. 4.1. lit. b): „au dobândit în orice mod active de la debitorul declarat insolubil sau insolvent (...) anterior declarării insolvabilității sau insolvenței”; b) Declararea debitorului ca fiind insolubil nu se confundă cu declararea insolvenței, care este atribuția exclusivă a judecătorului-sindic, și care este automat ulterioară. Cu alte cuvinte, ulterior deschiderii procedurii de insolvență prin sentință/incheiere a judecătorului-sindic, organul fiscal nu ar mai putea, în baza propriei proceduri administrative, să declare insolvabilitatea aceluiași debitor; c) Fiind anterioare deschiderii procedurii de insolvență, toate aceste acte și operațiuni nu pot forma – *per se* – cauză de atragere a răspunderii solidare a în materie fiscală, pentru că sunt guvernate de o procedură specială.

^[1] Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 693.

tului: realizarea creanțelor înscrise la masa credală prin lichidarea bunurilor din averea debitorului. Avându-se în vedere capacitatea de folosință și capacitatea de exercițiu ale debitoarei în această etapă a procedurii, care sunt limitate la acele acte juridice specifice lichidării, orice acte de comerț care depășesc acest scop sunt lovite de nulitate absolută.

Chiar și raportat la aceste limite, sunt însă perfect legale convențiile de vânzare a bunurilor din averea debitoarei cu *plata în rate* sau convențiile prin care promitentul cumpărător dobândește folosința temporară a bunului contra unor rate periodice, cu obligația/opțiunea ca la sfârșitul perioadei de închiriere să cumpere bunul, iar ratele deja plătite să fie incluse în preț. Desigur, asemenea convenții reprezintă derogări de la valorificarea individuală sau în bloc a bunurilor din averea debitoarei și vor trebui să fie supuse de către lichidatorul judiciar aprobării adunării creditorilor.

În ipoteza în care asemenea convenții sunt singurele oferte de pe piață pentru valorificarea bunurilor din averea debitoarei, sub rezerva aprobării lor de către creditori, vor fi considerate valabile din punct de vedere juridic dacă nu încalcă limitele capacității de folosință și ale capacității de exercițiu ale debitoarei.

În cadrul procedurii falimentului pot apărea însă situații de concurență între o ofertă de vânzare-cumpărare pură și simplă, cu un preț propus de cumpărător inferior prețului care ar rezulta din încheierea unei convenții de vânzare-cumpărare cu plata în rate. Desigur, principiul care guvernează lichidarea este principiul maximizării averii debitoarei, însă aplicarea în practică a acestui principiu nu poate fi una simplistă. Astfel, deși o vânzare-cumpărare pură și simplă la un preț mai mic ar contraveni, aparent, principiului mai sus enunțat, ea prezintă avantajul siguranței încasării întregului preț la momentul transferului posesiei (și proprietății) bunului. Pe de altă parte, promitentul cumpărător cu plata în rate ar putea oferi garanții corespunzătoare, care să compenseze dezavantajul insecurității plăților parțiale. Astfel de garanții ar putea consta în inserarea unei clauze de rezervă a proprietății bunului în patrimoniul debitorului până la plata integrală a prețului, obligarea cumpărătorului la prezentarea unei scrisori de garanție bancare sau instituirea unei ipoteci asupra bunului vândut cu plata în rate pentru restul de preț.

În acest context, apreciem că problema stabilirii ofertei optime de cumpărare este una de oportunitate și nu una de legalitate, astfel încât competența judecătorului-sindic de verificare a hotărârii adunării creditorilor prin care aceștia au optat pentru o anumită variantă de valorificare a unui bun/bunurilor din averea debitorului este limitată la analiza legalității acestei hotărâri, în condițiile art. 45 alin. (2) și art. 48 alin. (7) din Codul insolvenței [corespondentele art. 11 alin. (2) și art. 14 alin. (7) din Legea nr. 85/2006].

Analizând cea de-a doua ipoteză, aceea a *valorificării altor drepturi decât cele reale*, trebuie menționat că, de regulă, acestea au *natură contractuală* (de exemplu dreptul de folosință gratuită născut dintr-un contract de comodat), iar menținerea lor în patrimoniul debitoarei este condiționată de menținerea actelor juridice care le-au dat naștere de către lichidatorul judiciar, în condițiile art. 123 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 86 alin. (1) din Legea nr. 85/2006]. Menținerea contractelor care le-au dat naștere și valorificarea lor, de regulă prin cedare, contra unui preț sau contra unei chirii, cu acordul creditorilor și, eventual, al titularului proprietarului bunului asupra căruia poartă⁽¹⁾, sunt condiționate de respectarea limitelor capacității de folosință și ale capacității de exercițiu ale debitoarei și de respectarea scopului procedurii falimentului.

⁽¹⁾ În dosarul nr. 5182/1285/2009 al Tribunalului Specializat Cluj, la momentul deschiderii procedurii falimentului, debitoarea, în temeiul unui contract de închiriere, era titulara unui drept de folosință temporară asupra unui spațiu comercial aflat în proprietatea unui creditor asociat. Debitoarea avea și calitatea de sublocator

§5. Lichidarea averii comerciantului persoană fizică

75. În conformitate cu dispozițiile O.U.G. nr. 44/2008, în categoria *comercianților persoane fizice* intră: persoana fizică autorizată, întreprinderea individuală și întreprinderea familială.

Potrivit art. 20 din O.U.G. nr. 44/2008, *persoana fizică autorizată* răspunde pentru obligațiile sale cu întreg patrimoniul său de afecțiune, dacă acesta a fost constituit și, în completare, cu întreg patrimoniul său.

În mod similar, în conformitate cu art. 26 din O.U.G. nr. 44/2008, persoana fizică titulară a întreprinderii individuale răspunde pentru obligațiile sale cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul.

În același sens, potrivit art. 2 lit. f) din O.U.G. nr. 44/2008, *întreprinderea familială* este întreprinderea economică, fără personalitate juridică, organizată de un întreprinzător persoană fizică împreună cu familia sa. În conformitate cu art. 30 și art. 31 din O.U.G. nr. 44/2008, întreprinderea familială nu are patrimoniu propriu și nu dobândește personalitate juridică prin înregistrarea în registrul comerțului, iar prin acordul de constituire a întreprinderii familiale, membrii acesteia pot constitui un patrimoniu de afecțiune, rămânând însă comercianți persoane fizice de la data înregistrării acesteia în registrul comerțului, răspunzând solidar și indivizibil pentru debitele contractate de reprezentant în exploatarea întreprinderii cu patrimoniul de afecțiune, dacă acesta a fost constituit, și, în completare, cu întreg patrimoniul, corespunzător cotelor de participare prevăzute la art. 29 alin. (1) din O.U.G. nr. 44/2008.

Articolul 31 alin. (3) NCC prevede că patrimoniile de afecțiune sunt masele patrimoniale fiduciare, constituite potrivit dispozițiilor titlului IV al cărții a III-a, respectiv cele afectate exercitării unei profesii autorizate. De asemenea, art. 2324 alin. (3) din același act normativ prevede că acei creditori ale căror creanțe s-au născut în legătură cu o anumită diviziune a patrimoniului, autorizată de lege, trebuie să urmărească mai întâi bunurile care fac obiectul acelei mase patrimoniale. Dacă acestea nu sunt suficiente pentru satisfacerea creanțelor, pot fi urmărite și celelalte bunuri ale debitorului.

Pe de altă parte, art. 2324 alin. (4) NCC prevede că bunurile care fac obiectul unei diviziuni a patrimoniului afectat exercițiului unei profesii autorizate de lege pot fi urmărite numai de acei creditori ale căror creanțe s-au născut în legătură cu profesia respectivă, aceștia neputând să urmărească celelalte bunuri ale debitorului.

Concluzionând, în măsura în care un comerciant persoană fizică este supus procedurii falimentului, averea sa va fi lichidată conform ordinii de prioritate mai sus arătate, prin utilizarea tipurilor și metodelor de vânzare mai sus analizate.

§6. Actele de transfer al dreptului de proprietate asupra bunurilor vândute în cadrul lichidării

76. În conformitate cu dispozițiile art. 158 din Codul insolvenței (corespondentul art. 120 din Legea nr. 85/2006), lichidatorul judiciar va încheia contracte de vânzare;

în temeiul unui contract de închiriere încheiat cu o terță societate comercială sublocatoare. Cu acordul creditorilor (inclusiv cel al creditorului asociat), cele două contracte au fost menținute în procedura de faliment, în condițiile în care din diferența dintre cele două chirii (cea plătită debitoare de sublocatară și cea plătită de debitoare creditoarei proprietare) toate creanțele înscrise în tabelul definitiv consolidat au fost achitate în termen de aproximativ un an.

sumele realizate din vânzări vor fi depuse în contul prevăzut la art. 39 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 4 alin. (2) din Legea nr. 85/2006]. Dacă vânzarea activelor se va face prin licitație publică, *procesul-verbal de adjudecare* semnat de lichidatorul judiciar constituie *titlu de proprietate*. Când legea impune pentru transferul dreptului de proprietate forma autentică, contractele vor fi perfectate de notarul public pe baza procesului-verbal de licitație.

Dacă încheierea contractelor de vânzare-cumpărare sub semnătură privată și întocmirea proceselor-verbale de adjudecare nu presupun, de regulă, cheltuieli de redactare, autentificarea contractelor de vânzare-cumpărare de către notarul public atrage întotdeauna cheltuieli. În conformitate cu dispozițiile art. 1666 alin. (1) NCC, în lipsă de stipulație contrară, cheltuielile pentru încheierea contractului de vânzare sunt în sarcina cumpărătorului. În condițiile în care lichidarea bunurilor din averea debitorului se desfășoară sub imperativul *maximizării averii debitorului*, apreciem că aceste *cheltuieli de autentificare a contractelor de vânzare-cumpărare* trebuie să rămână, ca regulă, în sarcina cumpărătorului.

În conformitate cu art. 91 din Codul insolvenței (corespondentul art. 53 din Legea nr. 85/2006), bunurile înstrăinate de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, în exercițiul atribuțiilor sale sunt dobândite libere de orice sarcini, precum privilegii, ipotecă, gajuri sau drepturi de retenție, sechestre, de orice fel. Fac excepție de la acest regim măsurile asigurătorii dispuse în procesul penal în vederea confiscării speciale și/sau confiscării extinse.

Prin excepție de la dispozițiile art. 885 alin. (2) NCC, radierea din cartea funciară a oricăror sarcini și interdicții prevăzute în aliniatul precedent se face în temeiul actului de înstrăinare semnat de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar.

§7. Situații speciale

77. Procedura de lichidare a bunurilor din averea debitorului se poate desfășura mai rapid sau mai lent, în funcție de mai mulți factori, între care se numără și atractivitatea pe piață a bunurilor supuse lichidării.

Excepțional, există și bunuri care, datorită caracteristicilor lor speciale, nu pot fi vândute sau valorificate în altă modalitate. Cauzele acestei situații pot fi extrem de variate. Cu titlu de exemplu, menționăm: particularitatea unor bunuri derivată din adaptarea lor ireversibilă la parametrii de exploatare ai industriei debitorului, inexistența pe piață relevantă a unui alt agent economic cu același obiect de activitate cu cel al debitorului, prețul deosebit de ridicat al bunului, degradarea gravă a bunului etc.

Pentru situația în care bunurile din averea debitorului au o valoare foarte redusă, care nu ar acoperi *cheltuielile de procedură* (denumite „*administrative*”), atât art. 131 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, cât și art. 174 alin. (1) din Codul insolvenței, prevăd *închiderea procedurii insolvenței*, dacă niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare acoperirii acestor cheltuieli. Nici Legea nr. 85/2006, nici Codul insolvenței nu cuprind prevederi care să reglementeze regimul juridic al acestor bunuri după închiderea procedurii insolvenței. În absența unor astfel de reglementări, apreciem că, în conformitate cu art. 263, respectiv art. 268-269 din Legea nr. 31/1990, aceste bunuri vor trece în proprietatea asociațiilor/acționarilor, potrivit cotelor lor de participare la capitalul social.

Situația este diferită atunci când bunurile din averea debitorului au o valoare superioară cheltuielilor procedurii. Articolul 175 alin. (2) din Codul insolvenței [coresponden-

tul art. 132 alin. (2) din Legea nr. 85/2006] prevede că procedura de faliment va fi închisă atunci când judecătorul-sindic a aprobat raportul final, când *toate fondurile* sau *bunurile* din averea debitorului au fost *distribuite* și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă. *Per a contrario*, procedura falimentului nu poate fi închisă dacă bunurile din averea debitorului nu au fost lichidate sau distribuite^[1]. În consecință, lichidatorul judiciar are obligația de a efectua toate demersurile de lichidare permise de lege, până la epuizarea bunurilor din averea debitorului

^[1] A se vedea *supra* 4.3 – distribuirea bunurilor din averea debitorului în contul creanțelor, conform art. 175 alin. (3) din Codul insolvenței.

CAPITOLUL XIII. DISTRIBUIREA ÎN INSOLVENȚĂ

Secțiunea 1. Considerații introductive

1. Reglementarea cuprinsă atât în Legea nr. 85/2006, cât și în Codul insolvenței, referitoare la distribuirea sumelor între creditori este, ca orice text de nivelul legii, extrem de laconică față de necesitățile practicii, izvorâte din complexitatea situațiilor concrete la care aceste prevederi trebuie să primească aplicare; pe de altă parte, dacă ar fi prea detaliate, s-ar putea să scape din vedere anumite situații concrete, ceea ce ar crea alte complicații.

Spre exemplu, natura ambiguă a creanțelor născute după deschiderea procedurii, atât în perioada de observație, cât și în timpul reorganizării, precum și ordinea de prioritate în care acestea se așează, constituie sursa unor neclarități frecvent întâlnite în aplicarea reglementării legale. O incursiune în această materie este cu atât mai necesară cu cât noile prevederi ale Codului insolvenței modifică substanțial mecanismul finanțărilor în cursul procedurii, ridicând alte probleme care se impun a fi analizate.

Sediul materiei este cuprins în Legea nr. 85/2006 în dispozițiile art. 121-130, iar în Codul insolvenței, tot în 10 articole, numerotate de la 159 la 168. Comparând textele, vom observa o reiterare sau măcar o izbitoare asemănare structurală între aceste articole, astfel încât corespondența dintre cele două reglementări poate fi identificată adăugând cifra 38 la numărul articolului din vechea reglementare. La acestea se mai adăugă și alte articole pertinente, cum sunt dispozițiile art. 148-150 din Codul insolvenței, precum și cele care își repercutează efectele și la distribuire, cum ar fi cele privind regimul creanțelor rămase de recuperat din contractele de leasing etc.

Dispozițiile prevăzute pentru distribuire cuprinse în art. 121 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 159 din Codul insolvenței) și art. 123 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 161 din Codul insolvenței) au caracter *supletiv*; făcând parte din dreptul privat, considerăm că aplicarea acestora poate fi teoretic înlăturată în cazul în care unii creditori renunță (parțial) la poziția lor „privilegiată”.

Spre exemplu, un creditor furnizor de utilități poate renunța (parțial) la creanța sa pentru a lăsa posibilitatea acționarilor de a primi anumite sume din care să repornească o afacere similară, continuând a se aproviziona de la furnizorul respectiv. De asemenea, o situație posibilă este cea în care creditorii salariați renunță la poziția prioritară de la art. 123 pct. 2 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 161 pct. 3 din Codul insolvenței) în favoarea satisfacerii unor creditori având prioritatea prevăzută la art. 123 pct. 7 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 161 pct. 8 din Codul insolvenței), și care condiționează reînceperea furnizării unor servicii către aceeași afacere (întreprindere), chiar vândută ca activ altui întreprinzător, de recuperarea sumei de la masa credală.

În practica noastră este cunoscut cazul băncii Dacia Felix, instrumentat în conformitate cu prevederile Legii nr. 64/1995, înaintea apariției Legii nr. 83/1998 privind falimentul instituțiilor de credit^[1] și a O.G. nr. 39/1996 privind înființarea și funcționarea Fondului

^[1] Legea nr. 83/1998 privind procedura falimentului instituțiilor de credit (M. Of. nr. 159 din 22 aprilie 1998).

de garantare a depozitelor în sistemul bancar^[1], în care creditorii principali, Banca Națională și CEC-ul, au decis, la solicitarea judecătorului-sindic, să fie plătiți anticipat creditorii persoane fizice ale căror depozite erau sub un anumit cuantum. Deși astfel de cazuri nu au fost semnalate frecvent, considerăm că este posibil ca toți creditorii admiși pe tabelul definitiv al creanțelor să stabilească, în unanimitate, o altă ordine de distribuire a creanțelor decât cea prevăzută de lege; în acest caz, prevalând acordul lor de voință, considerăm că judecătorul-sindic nu se poate opune validării acestei decizii, luată în unanimitate.

2. O chestiune este legată de *terminologia* folosită de lege; astfel, prin *termenul de „distribuire”* se înțelege operațiunea de împărțire a sumelor cuvenite creditorilor *doar în cazul falimentului*, nu și în cazul reorganizării.

Pentru reorganizare, legea face referire la „programul de plată a creanțelor”, în temeiul art. 95 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 [corespondentul art. 133 alin. (2) din Codul insolvenței]; prin urmare, plățile periodice efectuate în procedurile care se desfășoară pe bază planului de reorganizare nu constituie „distribuiți”, în sensul strict abordat în acest capitol. Trebuie observat că noua reglementare renunță la celalalt „plan”, și anume la „programul de administrare a lichidării”, existent în cadrul art. 122 din Legea nr. 85/2006, prevedere care nu s-a bucurat în practică de succes, tocmai datorită dificultății de a se planifica în mod realist etapele unei lichidări; în prezent, singura procedură ce se desfășoară pe bază de plan este reorganizarea.

Se poate totuși anticipa măcar un caz de distribuire în reorganizare: dacă bunul garantat se vinde la un preț superior celui la care a fost evaluat în vederea întocmirii tabelului de creanțe, excedentul va reveni tot creditorului garantat, dar nu prin modificarea planului de reorganizare (care cuprinde și programul de plată al creanțelor), pentru că unii creditori se pot opune, ci în temeiul legii, iar operațiunea respectivă va constitui în sine o distribuire.

O remarcă ce trebuie făcută asupra modului în care legea tratează *cheltuielile procedurii de faliment* este aceea a distincției dintre „planul de distribuire între creditori” și „plata retribuției/onorariului lichidatorului și a celorlalte cheltuieli prevăzute la art. 159 alin. (1) pct. 1 [corespondentul art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006] sau la art. 161 pct. 1 (corespondentul art. 123 pct. 1 din Legea nr. 85/2006)”. Distincția constă în aceea că planul de distribuire se referă la modul în care se distribuie sumele rămase în sold, după achitarea cheltuielilor lichidării, între creditorii cuprinși în tabelul definitiv ajustat [*actualizat*, conform noului text al art. 160 alin. (3)], în timp ce plata retribuției/onorariului și a cheltuielilor trebuie doar să fie cuprinsă în raportul întocmit de către lichidator cu ocazia distribuției. Merită făcută observația că, în conformitate cu manualele de bune practici din unele state occidentale, plata retribuției practicienilor depinde în principiu de efectuarea unor distribuiri către creditori, conform adagiului „*no retribution without distribution*”.

3. O precizare se impune referitor la *momentele în care, în procedura falimentului, se efectuează distribuiri*. Conform prevederilor art. 160 din Codul insolvenței (corespondentul art. 122 din Legea nr. 85/2006) s-ar putea deduce că distribuiri se pot face „la fiecare 3 luni, calculate de la data începerii lichidării”; practica a impus însă ca lichidatorii

[1] O.G. nr. 39/1996 privind înființarea și funcționarea Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar a (M. Of. nr. 206 din 30 august 1996).

să facă plăți imediat după începerea lichidării, în special pentru creanțe cum ar fi utilități necesare desfășurării procedurii (energie electrică, telefon, apă etc.). Această situație este impusă chiar de prevederile legale care, deși interzic furnizorilor de utilități să le întrerupă, nu-i pot obliga pe aceștia să continue pe timp nelimitat furnizarea fără a fi plătiți, aceasta constituind o modificare evidentă de optică a noii legi, pentru a preîntâmpina abuzul din partea debitorului; în consecință, plățile periodice legal efectuate, pentru creanțe născute ulterior deschiderii procedurii, constituie distribuiri de sume făcute fără plan (de distribuire) și care vor trebui încorporate în primul plan prezentat conform prevederilor art. 160 din Codul insolvenței (corespondentul art. 122 din Legea nr. 85/2006).

În ceea ce privește momentul în care trebuie să aibă loc distribuirea finală, în doctrina străină^[1] s-a remarcat dificultatea de a face această distribuire înaintea închiderii procedurii, datorită apariției unor cheltuieli ulterioare ale lichidatorului, ocazionate tocmai de închiderea procedurii; pe de altă parte, închiderea procedurii nu se poate pronunța, în principiu, decât după ce s-au distribuit toate sumele disponibile.

Problema distribuirii trebuie tratată plecând de la *tabelul creanțelor*, „*la piece maîtresse de la répartition*”^[2], care este determinant pentru realizarea unei distribuirii în spiritul legii; tocmai de aceea, în tratarea problemelor aferente distribuirii vom porni de la problemele de drept material referitoare la tabelul creanțelor. Subiectul propriu-zis – distribuirea – urmează a fi prezentat în cadrul variantelor posibile de situații rezultate din compararea sumelor disponibile cu drepturile diferitelor categorii de creditori admiși la masa credală.

Secțiunea a 2-a. Tabelul creanțelor și alte situații de calcul necesare distribuirii

4. În cadrul fiecăreia dintre dispozițiile legale aplicabile, tabelul creanțelor este reglementat prin dispozițiile articolului privind definițiile, și anume art. 3 pct. 16-19 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 5 pct. 67-70 din Codul insolvenței; aceste prevederi trebuie însă corelate cu cele cuprinse în Capitolul 3 al Secțiunii a 7-a (Falimentul) care enunță, în cadrul art. 159 (corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006) și art. 161 (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006), ordinea de prioritate în care se face distribuirea; de aceea, tabelul creanțelor va trebui să aibă o formă care să răspundă cerințelor practice indicate îndeosebi în cadrul art. 161 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006).

Configurația tabelului creanțelor, decisivă pentru ordinea de distribuire, va fi influențată de împrejurările pronunțării falimentului, respectiv *direct*, la deschiderea procedurii, sau *după parcurgerea perioadei de observație* – pe care noua reglementare se străduiește s-o limiteze la 12 luni –, respectiv consecutiv unei reorganizării eșuate.

§1. Falimentul direct

5. Chiar în cazul pronunțării directe a falimentului, între data deschiderii procedurii și data întocmirii tabelului creanțelor se va scurge o perioadă de timp în care pot apă-

^[1] Problemă prezentată de B. Soinne, *La répartition ou la mission impossible*, în *Revue (française) des procédures collectives* nr. 3/1997, p. 282.

^[2] *Idem*, p. 280.

rea creanțe noi, *inexistente la data deschiderii procedurii* sau în care se pot plăti totuși anumite datorii, existente la data deschiderii procedurii, motivat de urgența situației, mai ales către furnizori care nu pot fi rapid înlocuiți. Reglementarea noastră în materie de insolvență se ocupă în mod distinct de această perioadă doar începând cu Legea nr. 85/2006, numind-o „*perioada de observație*” (după modelul legii franceze).

Declarațiile de creanță se depun în urma notificărilor trimise de către practician, iar tabelul de creanțe rămâne definitiv doar după trecerea unei perioade de timp de ordinul lunilor; creditorii vor declara uneori creanțele pe care le au împotriva debitorului așa cum se prezintă la data la care aceștia întocmesc respectiva declarație, fără a proceda la o *delimitare* între creanțe existente la data deschiderii procedurii și creanțe născute ulterior deschiderii procedurii.

Creanțele născute după deschiderea procedurii, dar înaintea pronunțării falimentului, nu sunt cuprinse în tabelul „inițial” al creanțelor, care nu va putea conține așadar, drept creanțe existente la data deschiderii procedurii, pe cele care au prioritatea prevăzută la art. 159 alin. (1) pct. 1 și 2 din Codul insolvenței pentru *creanțe garantate* [corespondentul art. 121 alin. (1) pct. 1 și 1¹ din Legea nr. 85/2006], respectiv art. 161 pct. 1, 2 și 4 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 pct. 1 și 3 din Legea nr. 85/2006) pentru *creanțe chirografare*, acestea putând să apară doar *după* deschiderea procedurii, în tabelul suplimentar.

Creanțele născute după începerea procedurii se pot afla în situația în care au fost plătite până în momentul întocmirii tabelului creanțelor, caz în care acestea trebuie incluse în bilanțul general al lichidării drept plăți de tipul celor prevăzute la art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 pct. 1 din Legea nr. 85/2006); de regulă, aceste cheltuieli sunt plătite necesare pentru menținerea activelor debitorului în stare de conservare și trebuie plătite cu prioritate, deoarece altfel se periclitează menținerea integrității acestei averi.

Administratorul judiciar (lichidatorul judiciar) trebuie să țină evidența creanțelor născute și a plăților efectuate după deschiderea procedurii, distingând între plățile aferente creanțelor admise în tabelul definitiv al creanțelor (creanțe existente la deschiderea procedurii) și plățile aferente creanțelor născute ulterior deschiderii procedurii.

Dacă falimentul survine foarte aproape în timp după deschiderea procedurii, spre exemplu în procedura simplificată, pentru operativitate, tabelul creanțelor va conține exclusiv creanțe născute înaintea deschiderii procedurii; pentru creanțele născute ulterior deschiderii procedurii, lichidatorul va întocmi o situație de încasări și plăți, care va menționa toate plățile aferente acestui tip de creanțe.

6. În privința *plăților efectuate după deschiderea procedurii*, pentru creanțe anterioare, plăți operate însă înaintea preluării atribuțiilor de către lichidator, acestea sunt supuse restituirii^[1], chiar dacă debitorul le-a făcut cu bună-credință, în ipoteza unei viitoare reorganizări; această concluzie rezultă din caracterul concursual și unitar al procedurii^[2], care este de esența procedurii falimentare și care ar fi încălcat în cazul în care aceste plăți nu ar fi supuse restituirii. Aceste plăți pot rămâne definitive dacă s-au făcut pe destinații care vor beneficia de plată (acoperire) în urma distribuirii (de exemplu, s-au plătit obligații către salariați sau către anumite bugete ale statului, iar categoria respectivă de

^[1] Acțiunea în restituire este admisă necondiționat în jurisprudența franceză contemporană, chiar dacă lichidatorul este culpabil (*Dec Cass. Ass Plen.* din 2 apr. 1993, în *Revue fr. des proc. coll.*, nr. 34/1994, p. 124-125).

^[2] A se vedea R. Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, 2001, p. 49 și urm.

creanțe va fi plătită cel puțin în proporția în care au fost plătite aceste creanțe), caz în care aceste plăți pot fi asimilate distribuțiilor.

Tabelul creanțelor, în viziunea ambelor legi în vigoare, nu devine, de principiu, niciodată „definitiv” sau „final”, deoarece se pot modifica unele creanțe și mai târziu, până la închiderea procedurii, în urma contestațiilor pentru fals, dol sau eroare esențială. De asemenea, Codul insolvenței prevede posibilitatea înscrierii creditorilor „întârziați”, care nu au fost notificați individual de către practicianul în insolvență, fără a se formula o cerere de repunere în termen, aceștia preluând procedura în stadiul în care aceasta a ajuns la momentul respectivei înscrieri.

§2. Situații necesare în practică pentru distribuire

7. Sub rezerva declarării tardive a unor creanțe – situație în care titularii dreptului vor fi decăzuți din calitatea de creditor, sub rezerva ca debitorul să nu fi fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori să nu i se fi stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase – situația generală a creanțelor, necesară pentru distribuire, va cuprinde:

A. Tabelul creanțelor declarate în termen sau considerate de drept în termen, după caz, cu următoarea alcătuire (analizată în ordinea numerotării din lege):

a) *creanțele garantate/creanțele care beneficiază de o clauză de preferință*, care cuprind, la deschiderea procedurii, capitalul și dobânzile acumulate până în acel moment, precum și accesorii (majorări, dobânzi etc.). Pentru procedurile reglementate de Codul insolvenței, dețin aceasta poziție și creanțele născute din contractele de leasing, pentru valoarea neplătită a bunurilor transferate în contractele de leasing financiar, conform dispozițiilor art. 105 și art. 123 alin. (11).

Deoarece textul Legii nr. 85/2006 are în vedere doar creanțele garantate cu garanții reale, la acestea trebuie adăugate și creanțele privilegiate, conform prevederilor C. civ. 1864, cu privilegii generale/speciale asupra mobilelor/imobilelor. Deși Legea nr. 85/2006 nu face referire la aceste creanțe, (spre deosebire de reglementarea din Codul comercial), faptul că ele sunt reglementate în Codul civil, le conferă un loc distinct în cadrul oricărei proceduri execuționale; acest „concurș” devine evident mai ales când privilegiul este însoțit și de dreptul de retenție.

b) *creanțele însoțite de cauze de preferință născute în timpul procedurii, pentru finanțări acordate în timpul procedurii*, conform dispozițiilor art. 159 alin. (1) pct. 2 din Codul insolvenței, care cuprind capital, dobânzi, accesorii etc. În optica Codului insolvenței, aceste creanțe beneficiază de prioritate la distribuire față de creanțele cu drepturi de preferință născute anterior deschiderii procedurii.

c) *creanțele chirografare*, în următoarea ordine:

i) *creanțele izvorâte din finanțări acordate în timpul procedurii*, conform art. 161 pct. 2 din noua reglementare. Aceste finanțări, acordate în condițiile art. 87 alin. (4), au fost prezentate *supra* în Capitolul II, Secțiunea 1, pct. 58.

Pentru procedurile deschise sub imperiul Legii nr. 85/2006, se evidențiază în mod distinct „creanțele reprezentând creditele, cu dobânzile și cheltuielile aferente, acordate după deschiderea procedurii, precum și creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii” – art. 123 pct. 3. În noua reglementare (art. 161 pct. 4 din Codul insolvenței), în cadrul acestei ordini de prioritate se încadrează

„creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, cele datorate cocontractanților potrivit prevederilor art. 123 alin. (4) și cele datorate terților dobânditori de bună-credință sau subdobânditorilor care restituie averii debitorului bunurile ori contravaloarea acestora potrivit prevederilor art. 120 alin. (2), respectiv ale art. 121 alin. (1)”.

ii) creanțele izvorâte din raporturi (raportul) de muncă;

iii) creanțele bugetare provenite din impozite, taxe, amenzi și din alte sume ce reprezintă venituri publice; se poate observa ca sunt incluse în cadrul acestei ordini de prioritate nu doar veniturile fiscale ale statului sau ale unităților administrativ teritoriale, ci și alte venituri nefiscale;

iv) creanțele reprezentând sumele datorate de către debitor unor terți, în baza unor obligații de întreținere, alocații pentru minori sau de plată a unor sume periodice destinate asigurării mijloacelor de existență; se observă că aceste creanțe, aferente perioadei dinaintea deschiderii procedurii, nu sunt limitate pentru o anumită perioadă. Acest tip de cheltuieli este foarte rar întâlnit în practică, la fel cu cel reprezentând „sume stabilite de judecătorul-sindic pentru întreținerea debitorului și a familiei sale, dacă acesta este o persoana fizică”.

v) creanțele reprezentând credite bancare, cu cheltuielile și dobânzile aferente, cele rezultate din livrări de produse, prestări de servicii sau alte lucrări, precum și din chirii, inclusiv valoarea nerecuperată de către finanțatorul contractului de leasing în procedurile administrate conform Legii nr. 85/2006; evident, în cadrul acestei categorii se localizează creditele bancare acordate debitorului înaintea deschiderii procedurii și care nu sunt garantate, în caz contrar fiind situate la art. 159 din Codul insolvenței (corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006). Creditele acordate debitorului după deschiderea procedurii, dar înainte de începerea reorganizării, au un tratament diferit raportat la destinația lor, respectiv au prioritatea dată de art. 159 alin. (1) pct. 1 din Codul insolvenței (corespondentul art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006), dacă reprezintă *cheltuieli de conservare și administrare a bunurilor garantate*, fie cea prevăzută de art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 pct. 1 din Legea nr. 85/2006), dacă au servit *evitării închiderii procedurii* (cheltuieli de conservare și administrare a bunurilor libere de sarcini) sau prioritatea dată de art. 161 pct. 4 (corespondentul art. 123 pct. 3 din Legea nr. 85/2006), dacă au servit *continuării activității comerciale* a debitorului. Trebuie remarcat faptul că uneori distincția dintre cele două situații poate fi dificilă și necesită o analiză de oportunitate detaliată atât din partea administratorului/lichidatorului judiciar, cât și a judecătorului-sindic;

vi) alte creanțe chirografare;

vii) creanțele subordonate, care le includ pe cele care izvorăsc din acte cu titlu gratuit și pe cele acordate de către un asociat „semnificativ” (10% din capital/drepturile de vot). Noua reglementare include în această categorie și creanțele terților dobânditori/subdobânditorilor de rea-credință a unor bunuri ale debitorului, de care aceștia au fost deposeați.

B. Tabelele de creanță actualizate

8. Practica a impus, chiar înainte de apariția Legii nr. 85/2006, utilizarea de *tabele de creanță actualizate* („ajustate”) pentru a reflecta situația curentă, de la data unei distribuii, tabele care pleacă de la tabelul inițial, dar conțin plățile deja efectuate în favoarea

anumitor creditori. Noul text al art. 160 se referă atât la tabele „actualizate”, care, *stricto sensu*, înseamnă modificări din alte cauze decât distribuirile anterioare, cât și la „ajustări”, care au sensul de sume deja distribuite.

Actualizările sunt necesare deoarece pe parcursul procedurii, chiar și tabelul definitiv al creanțelor poate suferi modificări, care trebuie operate de către lichidatorul judiciar, publicate în Buletinul Procedurilor de Insolvență și depuse la tribunal. În acest sens, sunt relevante dispozițiile art. 49 alin. (4) din Codul insolvenței, care prevăd: (i) necesitatea modificării corespunzătoare a tabelului de creanțe, în cazul în care anumite creanțe au fost stinse, total sau parțial, precum și (ii) publicarea în BPI a tabelului de creanțe astfel actualizat, cu sumele stinse în timpul procedurii. Spre exemplu, dacă anumite bunuri garantate sunt vândute la prețuri ce nu acoperă integral creanțele garantate, acestea se „relochează”, pentru diferență, în categoria creanțelor chirografare sau, dacă anumite creanțe trecute inițial în tabel drept garantate/cu drepturi de preferință, își schimbă natura în urma unor hotărâri judecătorești, devenind creanțe chirografare.

C. Tabelul suplimentar al creanțelor, care se întocmește de regulă în cazul falimentului consecutiv unei reorganizări eșuate sau după o perioadă de observație semnificativ de îndelungată, care obligă la parcurgerea, încă o dată, a procedurii privind declararea creanțelor născute în această perioadă. Natura și prioritatea acestor creanțe la distribuire va fi prezentată în ipoteza falimentului după reorganizare.

D. Situația creanțelor (obligațiilor) născute după începerea procedurii, evidențiind pe cele plătite și neplătite, ținută la zi. În ipoteza unui faliment survenit imediat după deschiderea procedurii, apreciem că nu este necesară parcurgerea procedurii de tabel suplimentar de creanțe, fiind suficient a se întocmi o situație de acest tip, eventual și direct un tabel consolidat.

E. Situația provizioanelor de constituit, necesare pentru plata unor obligații previzibile, incerte sau certe, dar nedeterminate exact, cum ar fi:

- cheltuielile viitoare ale procedurii;
- creanțe litigioase ale unor creditori, anteriori sau ulteriori deschiderii procedurii (în care încadrăm, potrivit dispozițiilor art. 165 din Codul insolvenței, inclusiv sume proporționale datorate fie creditorilor ale căror creanțe sunt supuse unei condiții suspensive care nu s-a realizat încă, fie proprietarilor de titluri la ordin sau la purtător și care au originalele titlurilor, dar nu le-au prezentat, fie titularilor creanțelor admise provizoriu);

În privința sumelor contestate din cadrul raportului asupra fondurilor obținute din lichidare și din încasarea creanțelor, precum și al planului de distribuire între creditori, Codul insolvenței aduce un element de noutate în cadrul art. 160 alin. (5) ultima frază, în sensul în care precizează că lichidatorul judiciar „va reține de la distribuție” sumele contestate, efectuând plata sumelor necontestate.

§3. Falimentul consecutiv unei reorganizări eșuate

9. În această ipoteză, situația generală a creanțelor va cuprinde:

- *tabelul definitiv consolidat*, care, pentru distribuire, este indicat să separe tabelul definitiv, de la data deschiderii procedurii, de cel suplimentar, având în vedere dificultățile de încadrare ale creanțelor născute în timpul procedurii. În tabelul definitiv al creanțelor, utilizat la distribuire, sunt înscrise, conform Legii nr. 85/2006, creanțele astfel cum au

fost diminuate prin planul de reorganizare, corectat cu sumele deja plătite creditorilor; menționăm că, în conformitate cu noua reglementare, acest tabel cuprinde creanțele „întregi”, așa cum erau înainte de a fi reduse (*hair-cut*) prin plan, așa cum prevede expres art. 148 al Codului insolvenței: „În cazul intrării în faliment după confirmarea unui plan de reorganizare, titularii creanțelor participă la distribuirea cu valoarea acestora astfel cum au fost înregistrate în tabelul definitiv consolidat”.

– *situația garanțiilor reale/drepturilor de preferință constituite după deschiderea procedurii.*

– *situația provizioanelor de constituit pentru cheltuieli viitoare.*

§4. Problema priorității creanțelor înscrise în tabelul suplimentar de creanțe

10. Teoretic, dar și în practică, putem identifica două opinii privind tratamentul creanțelor – în special chirografare – născute după deschiderea procedurii, atât în perioada de observație, cât și în reorganizare, ambele putând fi argumentate.

O prima orientare afirmă că aceste creanțe vor fi înscrise în tabelul suplimentar *conform naturii lor*, adică vor fi clasificate la fel cum ar fi fost dacă s-ar fi născut anterior deschiderii procedurii, cu excepția cheltuielilor de conservare și administrare a bunurilor, care nu pot să apară decât ulterior deschiderii procedurii. În această optică, creanțele salariale – pentru quantumul salariilor nete – se vor înscrie la categoria creanțelor izvorâte din raporturi de muncă, iar toate creanțele bugetare, adică atât cele privind impozitul pe clădiri, impozitul pe salarii, TVA etc. vor fi înscrise la categoria creanțelor bugetare, fără a distinge după gradul lor de afectare la conservarea bunurilor sau, dimpotrivă, la continuarea activității comerciale a debitorului. Și în această teorie, și în următoarea, putem afirma că avem creanțe „speciale”, care depind doar de *sursa* lor, cum sunt cele din împrumuturi acordate de către asociați, sau depind de *destinația* lor, cum sunt obligațiile de întreținere.

De asemenea, conform acestei teorii, în categoria creanțelor rezultând din continuarea activității debitorului se vor înscrie toate celelalte creanțe, altele decât cele reprezentând cheltuieli de conservare, creanțele din contracte de muncă și creanțele bugetare (și cele „foarte speciale”). Astfel, creanțele de la art. 161 pct. 4 din Codul insolvenței reprezintă echivalentul creanțelor de la pct. 8, dar născute anterior deschiderii procedurii.

Aceasta orientare are dezavantajul că tinde să combine două criterii, și anume criteriul *naturii* creanței, pentru cele de la pct. 3, 5, 6, 7 și 10, pe de o parte, și criteriul *rolului acestor cheltuieli în procedură*, respectiv cheltuieli de conservare/administrare a bunurilor și cheltuieli ocazionate de continuarea activității debitorului. Așadar, se combină două criterii, rezultând dificultatea de a le prioritiza între ele; se poate susține că avem creanțe „speciale”, cum sunt cele din raporturi de muncă, bugetare, destinate obligațiilor de întreținere, datorate asociaților, pe de o parte, și, pe de altă parte, creanțe „generale” adică toate celelalte creanțe; cum *specialia generalibus derogant*, le vom identifica și separa mai întâi pe cele „speciale” rămânând a distinge în cadrul celor „generale”, între cheltuieli de conservare/administrare bunuri și cheltuieli de continuare a activității.

În sprijinul acestei opinii se poate invoca și textul art. 159 alin. (2) din Codul insolvenței, care se refera la „categoria corespunzătoare naturii lor, prevăzută la art. 161”.

11. O altă teorie afirmă că toate creanțele trebuie clasificate în tabelul suplimentar cu prioritate după *rolul lor în procedură*, respectiv cheltuieli de conservare/administrare și cheltuieli de continuare a activității. Observăm că, datorită „naturii” lor particulare, în această teorie se încadrează mai bine și obligațiile de întreținere, care sunt identificate tot după rolul/scopul lor.

În această concepție, are loc spre exemplu „promovarea” creanțelor statului (bugetare) care au natura de cheltuieli de conservare și administrare, de la prioritatea prevăzută de art. 123 pct. 4 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 161 pct. 5 din Codul insolvenței, la cea prevăzută la pct. 1; explicația constă în aceea că unele obligații către bugetul de stat constituie *cheltuieli* pentru debitoarea supusă procedurii care, fiind de regulă „auxiliare” principalului – ce reprezintă cheltuieli de conservare și administrare – vor avea, evident, aceeași natură (de exemplu, impozitele asupra salariilor, impozitul pe clădiri etc.).

În această opinie, creanțele datorate fiscoi, născute după deschiderea procedurii, pot fi incluse și la pct. 2 din cadrul art. 123 din Legea nr. 85/2006 (având corespondent în art. 161 pct. 3 din Codul insolvenței), creanțe izvorâte din raporturi de muncă, în ce privește impozitul pe salarii și contribuțiile sociale, dar și la pct. 4 din cadrul art. 123 din Legea nr. 85/2006 (având corespondent în art. 161 pct. 5 din Codul insolvenței), pentru eventualul impozit pe profit și TVA rezultate din continuarea activității debitoarei. O astfel de abordare, care conduce la acordarea unei priorități mai ridicate creanțelor de natură bugetară, după rolul lor în activitatea de după deschiderea procedurii, poate fi combătută, invocându-se cu titlu de criteriu prioritar de clasificare, *natura creanței*, ceea ce ar conduce la includerea tuturor creanțelor bugetare la pct. 5 al art. 161 din Codul insolvenței (echivalentul pct. 4 al art. 123 din Legea nr. 85/2006). Un alt argument de reîntoarcere la „natura” originară a creanței ar fi chiar textul art. 159 alin. (2) din Codul insolvenței, care conduce la ideea că acele creanțe bugetare garantate, dar neacoperite integral de garanții, devin doar bugetare, nu și chirografare – orice fel de chirografare.

Nu există niciun criteriu sigur de opțiune între aceste două variante; considerăm mai apropiată de realitate *a doua teorie*, deoarece altfel s-ar crea noi discriminări între creditorii care susțin debitorul în procedură, în contextul în care abordarea noii legi încearcă să ofere acestora o protecție crescută (a se vedea cazul furnizorilor de utilități, creditorii ulteriori etc.). Pe de altă parte, trebuie arătat că, spre deosebire de toate celelalte categorii de creanțe, creanțele bugetare se nasc fără acordul acestui creditor, „prizonier” al tranzacțiilor derulate de către debitoare.

12. O problemă subsecventă o reprezintă identificarea categoriei „superprioritare” a cheltuielilor de conservare/administrare a bunurilor debitorului. Noțiunea de „*cheltuieli necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului*” trebuie interpretată în sensul includerii tuturor cheltuielilor efectuate ulterior deschiderii procedurii, care au această natură raportat la *bunurile debitorului* și nu la patrimoniul acestuia. Deci, noțiunea de „administrare” primește un sens strict, referitor la bunuri; spre exemplu, în cazul unor active (hale) în care încă se lucrează, cheltuielile cu paza, iluminatul, nu pot fi desprinse ca natură de cele de administrare a acelei hale, pe când la o hală identică, dar trecută în conservare, acestea vor fi clasificate drept cheltuieli de conservare. S-ar putea susține că și cheltuielile de producție născute după deschiderea procedurii sunt, *lato sensu*, cheltuieli de administrare, deoarece, cum procedura se desfășoară sub controlul judecătorului-sindic și al creditorilor, debitoarea va putea efectua exclusiv cheltuielile *necesare*; în această optică, noțiunile de „conservare și administra-

re” primesc un sens larg, care include cheltuielile de funcționare, operare (de producție) etc., în măsura în care acestea sunt ocazionate de continuarea activității (în perioada de observație, în reorganizare sau chiar în faliment). Nu putem împărtăși acest punct de vedere, deoarece dispozițiile speciale ale pct. 4 al art. 161 din Codul insolvenței (respectiv ale pct. 3 al art. 123 din Legea nr. 85/2006, introduse în anul 2010) au avut ca scop tocmai să ofere acestor cheltuieli de operare/funcționare un regim de favoare, distinct situat față de cheltuielile de conservare și administrare *stricto sensu*.

13. De asemenea, o altă problemă o reprezintă și raportarea la *criteriul „pro rata”*, din cadrul priorității la distribuire a creditorilor garantați, criteriu nou introdus prin dispozițiile art. 159 alin. (1) pct. 1 din Codul insolvenței. Astfel, o primă interpretare, *pe care ne-o însușim*, este sensul în care raportarea „pro rata” se referă *strict* la remunerațiile aferente persoanelor de specialitate angajate în interesul comun al procedurii, adică al tuturor creditorilor, astfel încât, pe cale de consecință, criteriul „pro rata” ar fi inaplicabil atât furnizorilor de utilități, cât și celorlalte creanțe enumerate în cadrul acestui text legal.

Această opinie ar avea în susținere, în primul rând, o interpretare *teleologică*, întrucât rațiunea unui astfel de criteriu trebuie înțeleasă ca fiind aceea a unor cheltuieli *comune procedurii*, adică efectuate în beneficiul comun al masei credale. În al doilea rând, nu ar exista o justificare rezonabilă pentru aplicarea necondiționată a acestui criteriu față de o altă categorie de creditori, inclusă în această enumerare, și anume creditorii care au avansat sume în cadrul propriilor proceduri execuționale. Nu ar exista astfel o motivare pentru care acești creditori ar ajunge să „consume” substanța bunului garantat, într-un beneficiu individual, și fără a exista acel „*debitum cum re iunctum*” care creează, în ultimă măsură, legătura dintre bun și cheltuiala aferentă.

O a doua interpretare ar conduce la soluția în sensul că o astfel de raportare „pro rata” are în vedere toate categoriile de creanțe menționate în cadrul acestui text legal, adică inclusiv creanțele furnizorilor de utilități și creanțele aferente titularilor unor executări derulate în trecut împotriva averii debitorului. O astfel de opinie ar avea ca argument *doar interpretarea gramaticală* a textului, întrucât, prin situarea criteriului chiar la finalul enumerării utilizate, acesta ar avea aplicabilitate în fiecare dintre ipotezele descrise.

14. O ultimă problemă pe care o creează interpretarea noilor dispoziții ale art. 161 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006) este *repartizarea creanțelor născute sau rezultând din* continuarea procedurii. Astfel, în prima ordine de prioritate se situează, în cadrul enumerării de la pct. 1, cheltuielile „necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, pentru continuarea activității (...)”. În cadrul pct. 4 al acestui articol au rămas poziționate, identic cu pct. 3, teza a II-a a art. 123 din Legea nr. 85/2006, „creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii.” Cu alte cuvinte, elementul de noutate pe care îl aduce Codul insolvenței în ceea ce privește distribuțiile în cadrul creanțelor chirografare este distincția între cheltuieli *necesare* și cele *rezultând* din continuarea activității.

Raportat la argumentele aduse în cadrul pct. 2.7. și 2.8. de mai sus, considerăm că esențială este teoria rolului creanțelor în procedură și al raportării directe la bun (iar nu la patrimoniu). Astfel, dacă acea creanță a fost strict necesară pentru conservarea și administrarea acelor bunuri, potrivit rolului avut de aceste bunuri în continuarea procedurii, atunci creanța se situează în ordinea prevăzută la pct. 1. În ipoteza în care aceste criterii nu sunt îndeplinite, atunci creanța se poziționează în ordinea aferentă pct. 4, adică regimul general al creanțelor născute după deschiderea procedurii.

Secțiunea a 3-a. Distribuirea

§1. Distribuirea în ordinea prevăzută de Legea nr. 85/2006 și Codul insolvenței

15. Problemele care intervin la distribuire între clasele de creditori pot fi tratate în următoarele ipoteze:

- pe tabelul definitiv consolidat nu există creditori garantați/cu drepturi de preferință, ci doar chirografari;
- pe tabelul definitiv consolidat există doar creditori garantați/cu drepturi de preferință;
- pe tabelul definitiv consolidat există atât creditori garantați/cu drepturi de preferință, cât și chirografari.

Precizăm că situațiile – mai rare în practică –, în care intervin numai creditori chirografari sau numai creditori cu drepturi de preferință, comportă aceleași soluții în interiorul fiecăreia dintre aceste clase, chiar și în ipoteza existenței pe tabelul creanțelor concomitent a celor două clase; de aceea, analizele ce se vor face în ipoteza existenței exclusive a fiecărei clase își păstrează valabilitatea și în ipoteza concursului dintre acestea.

1.1. Tabel de creanțe conținând doar creditori chirografari

16. Ipoteza în care pe tabelul definitiv consolidat al creanțelor sunt admise doar *creanțe chirografare* nu este doar una teoretică, fiind des întâlnită în practică. În această ipoteză, urmează a se plăti cu prioritate creanțele născute după deschiderea procedurii, care includ, conform textului art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței „taxele, timbrele sau orice alte cheltuieli aferente procedurii instituite prin prezentul titlu, inclusiv cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor din averea debitorului, pentru continuarea activității, precum și pentru plata remunerațiilor persoanelor angajate potrivit prevederilor art. 57 alin (2), art. 61, art. 63 și art. 73, sub rezerva celor prevăzute la art. 140 alin. (6)”. Precizăm că textul art. 123 din Legea nr. 85/2006 este redactat în același spirit.

Referitor la această categorie de creanțe se impun câteva considerații asupra unor situații speciale, după cum urmează:

17. O problemă referitoare la aceste plăți (cheltuieli) apare în cazul în care sumele provenite din vânzarea bunurilor nu acoperă integral nici cheltuielile cu administrarea și conservarea bunurilor debitorului; în acest caz, unii creditori ulteriori deschiderii procedurii vor fi plătiți integral, iar alții – cei ale căror creanțe s-au născut ultimele –, nu vor fi plătiți integral sau nu vor fi plătiți deloc. În această ipoteză, față de caracterul concursal și egalitar al procedurii, reflectat – în materie de distribuire – în textul art. 162 din Codul insolvenței (corespondentul art. 124 din Legea nr. 85/2006), s-ar putea considera obligatorie efectuarea de plăți *proporțional* în favoarea tuturor creditorilor cu rangul prevăzut de art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 pct. 1 din Legea nr. 85/2006), ceea ce ar necesita recuperarea anumitor sume de la creditorii plătiți integral, imediat după începerea procedurii, și redistribuirea acestor sume către cei plătiți în proporție mai mică sau neplătiți deloc, existenți (apăruți) spre finele procedurii. În măsura în care dispozițiile art. 162 din Codul insolvenței (corespondentul art. 124 din Legea nr. 85/2006) fac referire la acoperirea proporțională a creanțelor cuprinse

în tabelul definitiv consolidat, considerăm că această regulă nu se aplică și creanțelor având ordinea de prioritate dată de art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006) și care nu se găsesc cuprinse în acest tabel. În cazul în care sumele rezultate din lichidarea activului debitorului sunt insuficiente pentru acoperirea cheltuielilor de conservare și administrare, considerăm că trebuie aplicate prevederile art. 174 din Codul insolvenței (corespondentul art. 131 din Legea nr. 85/2006), de închidere a procedurii din lipsă de fonduri.

Mai mult chiar, tentativa de aplicare a prevederilor art. 162 din Codul insolvenței (corespondentul art. 124 din Legea nr. 85/2006) și în cazul creanțelor definite de art. 161 pct. 1, întâmpină dificultăți la punerea în practică datorită cheltuielilor suplimentare legate de recuperarea sumelor și datorită numărului, uneori foarte mare, de creditori plătiți integral (spre exemplu, mii de salariați existenți la începerea lichidării și care au rămas în continuare pentru finalizarea produselor/lucrărilor în curs de execuție), a duratei excesive a acestei proceduri etc.

În practică, această situație este foarte rar întâlnită, fiind extrem de rare și cazurile în care cheltuielile de conservare și administrare a averii debitorului depășesc valoarea activului acestuia. Totuși, în cele mai multe cazuri, debitorul este forțat să plătească integral obligațiile față de anumite clase de creditori izvorând din derularea procedurii, mai ales acelor creditori care nu furnizează serviciile decât dacă sunt plătiți (utilități, taxe de timbru) sau dispun de mijloace de constrângere foarte eficiente, cum ar fi greva etc.

În Franța, de exemplu, aceasta problema se rezolvă prin scrisori de garanție bancară care însoțesc fiecare plată după intrarea în faliment, beneficiarul plății putând oricând în viitor să fie executat asupra unei părți din suma pe care a primit-o.

18. O altă problemă derivă dintr-o situație nereglementată de legislațiile contemporane, care a apărut totuși în practică, și anume continuarea activității de exploatare a debitorului chiar după pronunțarea falimentului, activitate ce presupune – de regulă – plăți mai mari decât încasările din acea activitate.

Se deosebesc teoretic următoarele cazuri:

a) activitatea de exploatare continuă, dar pe scară din ce în ce mai redusă, fiind determinată exclusiv de finalizarea unor produse/lucrări începute, și care se impun a fi terminate, din cauze obiective, cum ar fi:

– preîntâmpinarea unor evenimente cu consecințe negative pentru sănătatea populației, protecția mediului, ordinea publică etc. (de exemplu, abandonarea unor efective de animale, oprirea curentului/gazului într-un cuptor de furnal încărcat etc.);

– diminuarea pierderilor, respectiv angajarea unor cheltuieli care, având în vedere veniturile ce se pot obține din valorificarea acelor produse/lucrări în stare finită, sunt mai mici comparativ cu cheltuielile aferente neutralizării (îndepărtării) acelor produse în curs de realizare (de exemplu, stocuri de bere în curs de fermentare, produse poluante etc.).

b) activitatea de exploatare continuă pe aceeași scară, fiind începute operațiuni comerciale noi. Această ipoteză este interzisă doar prin regulile generale privind lichidarea, prevăzute în Legea nr. 31/1990 [art. 228 alin. (2)], însă este întâlnită în practică, de regulă sub următoarele justificări:

– continuarea exploatării duce la pierderi mai mici decât cele ce ar surveni în cazul opririi activității, și care ar fi strict necesare continuării procedurii (pază, conservarea utilajelor etc.); de exemplu, finalizarea recoltării unei culturi sau însămânțarea alteia,

deoarece este probabil că orice cumpărător al terenului agricol va dori să obțină o recoltă în ciclul agricol următor;

– continuarea exploatării este necesară pentru a putea obține un preț superior de valorificare pentru anumite active care, în stare de funcționare, oferă potențialilor cumpărători elementele tehnice și economice necesare pentru a lua o decizie, convingându-i de posibilitatea operării lor în continuare. Spre exemplu, oprirea și demontarea unei linii de producție nu induce încredere investitorilor potențiali, pe când operarea acesteia în continuare oferă garanția că aceasta este completă și în stare de funcționare.

Trebuie precizat că, uneori, delimitarea unor operațiuni comerciale noi este foarte anevoioasă. Pentru acest tip de situații, reglementarea anterioară a falimentului, cea din Codul comercial, prevedea două soluții, ambele bazate pe votul unei majorități calificate a creditorilor, după cum urmează:

a) după deschiderea procedurii, continuarea comerțului trebuie aprobată de către majoritatea în număr a creditorilor verificați (care implică, evident și majoritatea creanțelor) – art. 760 C. com.;

b) în cursul procedurii vânzarea bunurilor putea fi suspendată în scopul continuării exploatării cu acordul creditorilor reprezentând $\frac{3}{4}$ din masa credală (art. 804, art. 805 C. com.); creditorii care se opuneau continuării funcționării nu erau obligați să suporte pierderile rezultate din continuarea exploatării. Aceasta din urmă ne pare o soluție logică și recomandabilă a fi urmată și în prezent, mai ales atunci când continuarea exploatării, chiar sub forma unei reorganizări, riscă să aducă noi pierderi, inclusiv creditorilor garanți, care se opun planului.

Nici Codul insolvenței, nici Legea nr. 85/2006, nu prevăd nimic referitor la posibilitatea continuării exploatării în caz de faliment; în opinia noastră, având în vedere importanța acestei hotărâri, ea este de competența adunării creditorilor, care, în baza unor calcule precise prezentate de către lichidatorul judiciar, cerând și opinia unui expert, va putea decide asupra continuării exploatării, în ipoteza prevăzută la lit. b) de mai sus; indiferent de majoritatea cerută pentru a decide, considerăm că acei creditori care se opun nu pot fi obligați să suporte pierderile ce decurg din continuarea activității de exploatare.

În ce privește o eventuală hotărâre a adunării creditorilor de aprobare a continuării exploatării, în cazurile justificate pe baza diminuării pierderilor, putem anticipa dificultățile de creare a unei majorități în acest sens având în vedere interesele divergente ale diferitelor categorii de creditori astfel:

– creditorii cu drepturi de preferință nu au niciun interes în a risca, preferând vinderea bunurilor garantate;

– creditorii bugetari vor întâmpina dificultăți în a primi aprobarea organului lor ierarhic pentru operațiuni cu rezultat incert, care pot micșora gradul de recuperare al creanței;

– creditorii furnizori de utilități pot fi interesați în a le furniza în continuare, având prioritate la plată;

– salariații vor prezenta cel mai mare interes în continuarea exploatării.

19. După acoperirea categoriei de creanțe de la art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 pct. 1 din Legea nr. 85/2006), va urma acoperirea creanțelor prevăzute la pct. 2 până la pct. 9 (10), în această ordine, fie că au existat pe tabelul definitiv, provenind dinaintea deschiderii procedurii (pct. 3, pct. 4, pct. 6, pct. 8) fie că s-au născut ulterior deschiderii procedurii (pct. 2, pct. 4). În cazul în care sumele de distribuit se vor epuiza la o anumită categorie, creditorii admiși în acea categorie vor fi plătiți

proporțional cu creanța fiecăruia, conform prevederilor art. 162 din Codul insolvenței (corespondentul art. 124 din Legea nr. 85/2006).

Dacă însă totalul veniturilor din lichidare depășește totalul datoriilor (creanțelor) înregistrate, ceea ce se întâmplă extrem de rar, lichidarea judiciară transformându-se într-una voluntară (ca efecte), suma rămasă se va distribui asociaților (acționarilor), proporțional cu aportul lor societărilor, aport care de regulă este înregistrat în capitalul social, cu excepția aporturilor în industrie care nu fac parte din capital, dar sunt luate în considerare atât la repartizarea dividendelor, cât și la distribuirea la lichidare.

1.2. Tabel de creanțe cuprinzând doar creditori garanțați/cu drepturi de preferință

20. Ipoteza conform căreia întregul patrimoniu al debitorului este „ipotecar” și la masa credală vor fi numai creditorii garanțați/cu drepturi de preferință, este mai degrabă teoretică, însă o vom utiliza pentru a aprofunda anumite aspecte ce apar și în cazurile în care creditorii garanțați sunt persoane distincte, în concurență cu alți creditori garanțați, dar și cu creditorii chirografari.

Ipoteza concursului între creditorii garanțați și cei chirografari, care va fi prezentată mai jos, la pct. 26, necesită delimitarea veniturilor și cheltuielilor aferente fiecărui bun garantat în parte, pentru a le trata separat de veniturile și cheltuielile bunurilor din care se vor plăti creditorii chirografari; or, această problemă se pune și în ipoteza existenței doar a creditorilor garanțați – persoane diferite – pentru a se distribui sumele între aceștia.

O primă chestiune prealabilă o constituie delimitarea veniturilor și cheltuielilor concretizate în încasări și plăți aferente fiecărui bun afectat garanției în parte, respectiv bunurilor garantate în favoarea unor creditori diferiți.

1.2.1. Delimitarea veniturilor

21. De regulă, dificultățile apar din următoarele situații: se vinde un teren cu clădire (construit), sau se face o vânzare în bloc, iar cumpărătorul plătește un preț global, în considerarea întregului bloc, fără a indica defalcarea pe componente. În această ipoteză, defalcarea prețului vânzării pe componente afectate unor creditori ipotecari/gajiști diferiți se poate face:

- proporțional cu valorile stabilite de către evaluatori (experți) în rapoartele de evaluare întocmite în vederea vânzării; un argument redutabil împotriva acestei soluții se evidențiază când cumpărătorul cumpără o afacere, prețul fiind plătit în considerarea profiturilor viitoare estimate, fără a exista o legătură evidentă cu valoarea activelor ce compun respectivul ansamblu/bloc;

- proporțional cu valorile înscrise în contabilitate;
- prin extragerea, din ansamblu, a bunurilor care au valori de piață recunoscute, și afectarea lor cu un discount în considerarea întregului.

Delimitarea veniturilor este însă necesară să se facă în anumite cazuri mai detaliat: spre exemplu, s-a vândut un imobil (hală industrială și teren), iar ipoteca privește doar hala sau doar o parte din aceasta, terenul sau o parte a acestuia care a fost înscris într-o carte funciară, terenul fiind întins pe două sau mai multe cărți funciare diferite. În acest caz, se recomandă să se utilizeze un calcul proporțional cu raportul suprafață ipotecată/suprafață totală sau alte caracteristici tehnice/fizice ale bunului vândut.

1.2.2. Delimitarea cheltuielilor

22. În vederea stabilirii sumei de distribuit, conform prevederilor art. 159 alin. (1) pct. 1 din Codul insolvenței [corespondentul art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006], trebuie identificate „*cheltuielile necesare pentru conservarea și administrarea acestor bunuri*”, adică a bunurilor afectate unor creanțe garantate/cu drepturi de preferință. Pentru delimitarea cheltuielilor aferente bunurilor imobile calculele sunt laborioase și necesită parcurgerea următoarelor etape:

a) continuarea ținerii contabilității de gestiune a debitorului, existentă la deschiderea procedurii, sau implementarea unei astfel de contabilități, dacă ea nu a existat anterior. Cu ajutorul acestui sistem (în esență simplu) se pot identifica costurile pe „locuri generatoare”, în special costurile clasificate, de regulă, drept „cheltuieli indirecte” și care reprezintă, de fapt, cheltuielile de conservare și administrare a bunurilor din averea debitorului, cum sunt cheltuielile cu paza, impozitele și taxele pe clădiri și terenuri, reparațiile urgente, cheltuielile cu apa și energia (pentru iluminat) etc., salariile personalului angajat, onorariile administratorului/lichidatorului etc.

Aceste cheltuieli se pot identifica cu destulă precizie pe imobilele care le-au generat, fie direct din facturile furnizorului, fie pe baza unor „chei de repartizare”, cum ar fi salariile directe, costuri directe totale etc., și care nu pot fi schimbate în cursul aceluiași an. În cazul în care societatea debitoare nu a utilizat astfel de criterii se pot propune unele adecvate sau se pot repartiza cheltuielile în funcție de anumite caracteristici tehnice ale imobilelor/activelor, care să fie relevante, cum ar fi: suprafața, volumul, puterea instalată etc.

b) estimarea nivelului cheltuielilor de conservare și administrare pentru activele (imobilele) care nu au fost niciodată închise (oprite), fiind vândute în stare de funcționare. În acest scop, pentru a separa din totalul cheltuielilor înregistrate pe acel activ doar pe cele de conservare se poate utiliza prin extrapolare nivelul cheltuielilor de la un obiectiv similar trecut în conservare, dacă caracteristicile tehnice/fizice ale acestora permit compararea lor.

23. În vederea realizării distribuirii, se va constitui un tabel (*situație de colocare*^[1]) cu următoarele informații:

- denumirea creditorului;
- baza legală a creanței (contract de credit) și a garanției (contract de ipotecă sau gaj);
- mărimea creanței admisă pe tabelul creanțelor drept creanță garantată și care nu poate fi mai mare decât valoarea garanției înscrise în favoarea creditorului, rezultată din contractul de gaj sau ipotecă; diferența dintre valoarea totală a creanței respectivului creditor și valoarea totală a garanției admise se trece din chiar momentul întocmirii tabelului de creanțe în categoria creanțelor chirografare sau bugetare.
- prețul obținut din vânzare;
- nivelul cheltuielilor de conservare și administrare, calculat până în momentul vânzării;
- suma cuvenită creditorului garantat;
- surplusul (excedentul) sau deficitul înregistrat.

Diferitele *variante de calcul* vor fi analizate pe baza unui *exemplu* ipotetic prezentat în tabelul următor:

^[1] În literatura de limbă franceză aceste situații (calcule) prealabile distribuirii, pentru sumele rezultate din vânzarea bunurilor garantate, se numesc „*état de collocation*”.

Ipo-te-za	Valoarea creanței în limita garanției (gaj, ipotecă)	Prețul de vânzare al bunului garantat	Cheltuieli de conservare și administrare ale bunurilor garantate	Suma de distribuit creditorilor garanțați	Surplus	Deficit
	mii lei	mii lei	mii lei	mii lei	mii lei	mii lei
A	800.000	1.200.000	100.000	800.000	300.000	-
B	1.500.000	1.200.000	100.000	1.100.000	-	400.000
C	1.000.000	1.050.000	100.000	950.000	-	50.000

Situațiile (ipotezele) posibile sunt în număr de 3 și rezultă din compararea nivelului garanției cu suma netă obținută din vânzare, care se calculează scăzând din prețul total al bunurilor vândute cheltuielile de conservare și administrare aferente. Pentru simplificare, nu am introdus o coloană distinctă pentru dobânzile născute în timpul procedurii și care s-ar putea adăuga la creanță, cel puțin în ipoteza A.

– în ipoteza A, valoarea creditului garantat (egală cu valoarea garanției), este de 800.000 mii lei, iar bunul s-a vândut la o valoare superioară, de 1.200.000 mii lei; în acest caz, după scăderea cheltuielilor de conservare și administrare, de 100.000 mii lei [conform ordinii stabilite la art. 159 alin. (1) pct. 1 din Codul insolvenței – corespondentul art. 121 alin. (1) pct. 1 din Legea nr. 85/2006] rezultă de distribuit suma de 1.100.000 mii lei din care 800.000 se alocă creanței garantate, iar surplusul de 300.000 se transferă „în contul averii debitorului”, cumulându-se la masa activă ce va fi distribuită conform ordinii de prioritate prevăzută la art. 161 din Codul insolvenței;

– în ipoteza B, prețul vânzării bunului de 1.200.000 mii lei, este inferior valorii creanței garantate; după scăderea cheltuielilor de administrare și conservare aferente bunurilor garantate, de 100.000 mii lei, suma de distribuit de 1.100.000 lei se alocă creanței garantate. Suma creanței rămasă neacoperită din creanța garantată, de 400.000 mii lei va fi relocată la prioritatea corespunzătoare naturii ei, de la art. 161 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006);

– în ipoteza C, prețul vânzării bunurilor este de 1.050.000 mii lei din care, după acoperirea cheltuielilor de conservare și administrare, rezultă o suma de distribuit de 950.000 lei, inferioara cuantumului creanței garantate de 1.000.000 mii lei; și în această ipoteză, creanța garantată se satisface doar la nivelul prețului de distribuit (net), de 950.000 mii lei, diferența (deficitul) de 50.000 mii lei fiind relocată la prioritatea prevăzută de art. 161 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006).

24. Pentru toate ipotezele discutate, considerăm că *nivelul creanței* – ce se compară cu al garanției – cuprinde și dobânzile; această opinie se bazează pe argumente de text conținute în art. 159 alin. (1) pct. 2, respectiv pct. 3 din Codul insolvenței (corespondentul art. 121 alin. (1) pct. 1¹, respectiv pct. 2 din Legea nr. 85/2006).

Tot creditorilor garanțați ar trebui să le revină și dobânzile bancare produse de sumele ce li s-ar cuveni între data încasării acestora și data distribuirii lor.

Considerăm ca argumente pertinente în sprijinul acestei opinii, următoarele:

– dobânzile produse de sumele de bani obținute prin vânzare reprezintă fructe civile produse de acestea și se cuvin proprietarului, respectiv creditorului garantat;

– soluțiile din dreptul comparat înrudit cu cel român^[1]: spre exemplu, soluția identică a dreptului francez, în analiza căreia, se arată că „*deși aceasta conduce la complicații suplimentare pentru lichidator, are probabil ca efect a-l incita pe acesta să procedeze la distribuții cât mai curând posibil*”.

Actualul text al art. 103 consacră însă o altă soluție, prevăzând că accesoriile se vor calcula, dacă prețul vânzării permite „până la data valorificării bunului”.

Noua reglementare prevede un text mai complicat pentru conținutul creanțelor acoperite cu drepturi de preferință, menționând „*tot capitalul, dobânzile, majorările și penalitățile de orice fel, inclusiv cheltuielile*” [art. 159 alin. (1) pct. 3]; astfel se acoperă diversitatea de situații practice născute, spre exemplu din variația noțiunilor utilizate în Codul de procedură fiscală referitoare la denumirea accesoriilor creanței bugetare etc.

În plus, în aceasta categorie, noua reglementare include și „*creanțele (...) corespunzătoare art. 105 alin. (3) și art. 123 alin (11) lit. a)*”. Aceasta categorie de creanțe rezultă din noua reglementare a contractului de leasing, prevăzând o protecție suplimentară finanțatorilor din aceste contracte.

Astfel, art. 105 alin (3) prevede trei cazuri de regim juridic aplicabil eventualelor sume nerecuperate de către finanțatorii unor contracte de leasing financiar, reziliate anterior datei deschiderii procedurii insolvenței, din care două pot face obiectul unor creanțe cu drepturi de preferință.

Prima ipoteza, de la lit. a), conferă un drept de ipotecă legală asupra bunului transferat în proprietatea debitorului (utilizator), în măsura necesară recuperării integrale a creanței.

Ipoteca de la art. 105 alin. (3) lit. b) conduce fie la o poziție de creditor chirografar, fie la una de creditor garantat, dacă există bunuri libere de sarcini, pentru valoarea nerecuperată, în ipoteza în care bunul nu a trecut în proprietatea utilizatorului și a fost recuperat de firma de leasing.

În ce privește art. 123 alin. (11) lit. a), acesta privește contractele reziliate după deschiderea procedurii, cu transferul bunurilor la utilizator, și nașterea unei ipoteci legale asupra bunului, de o valoare corespunzătoare ratelor și accesoriilor restante totale, adică atât cele de la deschiderea procedurii cât și cele din procedură, însă în limita valorii de piață a bunului.

1.2.3. Problema creanțelor însoțite de drepturi de preferință născute în timpul procedurii [art. 159 alin. (1) pct. 2 din Codul insolvenței]

25. Noua reglementare prevede, în încercarea de a asigura finanțarea activităților din cadrul procedurii de insolvență, posibilitatea acordării unor finanțări care să fie garantate cu cauze de preferință, în special ipoteci. Aceste ipoteci ar urma să poarte asupra unor bunuri libere de sarcini sau, în cazul în care toate activele debitorului sunt deja grevate, să beneficieze de un „*concurs*” cu creditorii garantați anterior deschiderii procedurii, în sensul de a avea prioritate la distribuire chiar și în fața acestora.

Mecanismul prevăzut de legiuitor are șanse mari de concretizare în măsura în care debitorul inițiază procedura insolvenței din vreme și mai dispune de bunuri libere de sarcini; este evident că va exista o opoziție crâncenă din partea creditorilor garantați anterior, dacă se va încerca să li se diminueze garanțiile, prin supragarantarea în favoarea unui creditor ulterior, apărând procese al căror rezultat este greu de prevăzut.

^[1] B. Soinne, op. cit, p. 275.

În ipoteza în care astfel de garanții/drepturi de preferință vor fi totuși constituite, beneficiarii acestora vor avea, la distribuire, poziția prevăzută de art. 159 alin. (1) pct. 2 din Codul insolvenței, adică imediat după cheltuielile de conservare și administrare, pentru întreg capitalul, dobânzile și alte accesorii. În acest caz este greu de crezut că valoarea bunului grevat nu va fi suficientă pentru a acoperi măcar aceste componente ale creanței născute ulterior procedurii, deoarece creditorul respectiv nu va accepta o asemenea garanție; în cazul contrar, diferența neacoperită va trece la categoria creanțelor chirografare – pct. 2 al art. 161 din Codul insolvenței, prin norma de trimitere a art. 87 alin. (4) –, textul art. 159 alin. (2) acoperind, în opinia noastră, și această categorie de creanțe/bunuri, deși el a rămas practic identic cu cel al legii vechi, în care nu exista și această categorie de prioritați.

În ipoteza în care vor exista bunuri libere de sarcini, ce se vor greva în favoarea lor în timpul procedurii, atunci creditorii din aceasta categorie vor avea creanța cu regimul oricărei creanțe cu drepturi de preferință. Cu alte cuvinte, dacă după vânzarea bunului rămâne un excedent peste creanța lor, acesta se alocă creditorilor chirografari, iar dacă acest bun nu se vinde la un preț suficient acoperirii întregii creanțe, diferența de creanță intră în concurs cu creanțele chirografare.

O situație mai complicată poate apare în cazul în care acest creditor ulterior este garantat atât cu bunuri libere de sarcini, dar și cu bunuri deja afectate altor creditori; în această ipoteză considerăm că în primul rând va fi plătit din bunurile pe care nu intră în concurs cu alt creditor garantat și doar după aceea se pune problema acoperirii creanței din bunuri deja garantate.

1.3. Tabel de creanțe cuprinzând atât creditori chirografari, cât și creditori garantați

26. Situația cea mai frecvent întâlnită în practică o constituie cea în care pe tabelul definitiv consolidat al creanțelor sunt admiși atât creditori garantați cu garanții reale/drepturi de preferință, cât și creditorii chirografari, din categoriile prevăzute la art. 161 din Codul insolvenței (corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006).

Modul în care aceste clase diferite de creditori vor fi plătite, în interiorul fiecărei clase, a fost prezentat mai sus la pct. 24.

Problema care va fi analizată în cele ce urmează se referă la „concursul” dintre cele două clase, respectiv creditorii garantați/cu drepturi de preferință și creditorii chirografari.

Soluția de principiu pe care toate legile în materia insolvenței de după 1989 o conțin, deși aceasta nu este prezentată în mod clar și distinct în textul lor, constă în distribuirea în paralel a sumelor cuvenite creditorilor garantați/cu drepturi de preferință și a celor cuvenite creditorilor chirografari; de aceea ordinea de prezentare a textelor (art. 159 din Codul insolvenței – corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006, respectiv art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006) nu are o importanță decisivă în reglementarea acestui concurs.

Conform acestei soluții, a cărei fundamentare o vom prezenta în continuare, atât veniturile provenite din vânzarea bunurilor garantate, cât și cheltuielile de conservare și administrare ale acestor bunuri se vor evidenția, în lucrările de distribuire, separat de veniturile și cheltuielile aferente celorlalte bunuri din averea debitorului, care nu sunt afectate unor garanții/drepturi de preferință.

Argumentul cel mai important pentru această soluție, de altfel logică, îl constituie un argument de text, care rezultă din citirea comparativă a dispozițiilor art. 159 din Codul insolvenței – corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006, cu cele ale art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006, astfel:

– textul art. 159 din Codul insolvenței – corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006, prevede că „fondurile obținute din vânzarea bunurilor din averea debitorului, constituie ca ipoteци sau ca alte garanții reale/grevate, în favoarea creditorului, de cauze de preferință” vor fi distribuite pentru acoperirea cheltuielilor „afereute vânzării bunurilor respective” și a cheltuielilor „necesare pentru conservarea și administrare a acestor bunuri”.

– textul art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006 – se referă la acoperirea „cheltuielilor aferente procedurii prevăzute prin prezenta lege/prezentul titlu” și a „cheltuielilor de conservare și administrarea bunurilor din averea debitorului”.

Din cele două texte de mai sus rezultă că textul art. 159 din Codul insolvenței – corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006 – constituie un text special, referitor la veniturile și cheltuielile aferente bunurilor garantate/afectate unor cauze de preferință, iar textul art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006 – este un text cu caracter general, referitor la toate bunurile din averea debitorului și toate cheltuielile procedurii, precum și la veniturile realizate de debitor în cursul procedurii prin închirieri, leasing etc.; pe această bază (*specialia generalibus derogant*) textul art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006 – trebuie interpretat ca referindu-se la cheltuielile aferente tuturor bunurilor din averea debitorului, *altele decât* bunurile constituite cu titlu de garanții reale/drepturi de preferință.

Justețea acestei interpretări se vedește îndeosebi în cazul în care cheltuielile de conservare și administrare a bunurilor sunt foarte mari și nu vor putea fi integral acoperite; în această ipoteză numai separarea clară a rezultatelor obținute din vânzarea bunurilor garantate (*venituri minus cheltuieli*) poate conduce la protejarea creditorilor garanțați, mai diligenți, care altfel nu ar primi nimic, totalul sumei de distribuit fiind inferior cuantumului creanțelor de la categoria art. 161 pct. 1 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006. Această interpretare are la bază concepția fundamentală a dreptului nostru referitoare la garanțiile reale și care, într-o interpretare contrară, ar fi lipsite de orice eficacitate, fiind primare de toate cheltuielile lichidării.

Pentru că, în practică, s-au întâlnit tot felul de soluții, inclusiv cea a împărțirii tuturor cheltuielilor/pierderilor de după deschiderea procedurii la totalul masei credale, proporțional cu creanțele deținute, noua reglementare vine să întărească conceptul, enunțat, al suportării de către creditorii cu garanții/drepturi de preferință doar a cheltuielilor aferente acestor bunuri. Astfel, se specifică, în ultima teză a art. 159 alin. (1) pct. 1, faptul că, în plus față de aceste cheltuieli, bunurile garantate trebuie să suporte o cotă-parte („pro-rata”) din creanțele reprezentând remunerații ale persoanelor angajate în interesul comun al tuturor creditorilor; cota-parte se va stabili în raport cu valoarea tuturor bunurilor din averea debitorului. Această reglementare este una specială, în sensul în care precizează contribuția bunurilor garantate la suportarea unei anumite părți din cheltuielile generale ale lichidării, dar numai a acestei părți.

27. Pe această bază urmează a se face *distribuirea în interiorul fiecărei clase de creditori-garantați, respectiv chirografari*, cazurile de interconectare între categorii urmând a se rezolva astfel:

- sumele rămase ca excedent în cazul vânzării unui bun garantat la un preț superior creanței garantate (principal și dobânzi) și după acoperirea cheltuielilor procedurii aferente aceluși bun se „transferă” în favoarea clasei creditorilor chirografari, urmând a se cumula cu suma totală de distribuit în cadrul acestei clase și care se va distribui în ordinea prescrisă la art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006; această soluție, deși neprevăzută de un text normativ expres, rezultă din ierarhia creanțelor de la art. 161, neexistând nicio rațiune pentru ca acest excedent să fie altfel distribuit decât în ordinea descrescătoare impusă de art. 163 din Codul insolvenței (corespondentul art. 125 din Legea nr. 85/2006);

- acea parte a creanțelor garantate care nu a putut fi acoperită din prețul vânzării bunurilor garantate se transferă în clasa creditorilor chirografari/bugetari, venind în concurs cu creanțele cuprinse în categoria corespunzătoare, conform *naturii lor*. Aici suntem tentați a lărgi exprimarea legiuitorului, creanțele prioritare din finanțarea continuării activității urmând a fi alocate la art. 161 pct. 2, cele bugetare (negarantate) la pct. 5, iar toate celelalte la pct. 8 și următoarele.

28. Ipoteza de bază pe care o are în vedere *reglementarea distribuirii*, respectiv textele art. 159 și art. 161, este aceea în sensul că majoritatea bunurilor comercianților nu sunt supuse garanțiilor, această din urmă situație reprezentând o excepție. Tocmai de aceea art. 159 folosește termenul „acestor bunuri”, spre deosebire de enunțul art. 161 pct. 1. care face vorbire despre „bunurile din averea debitorului”.

În practică, în vremuri normale, această premisă se adevărește, situația considerată de către legiuitor ca reprezentând regula fiind întâlnită în majoritatea spețelor.

Prin excepție, și mai ales în perioadele de recesiune, există multe cazuri în care marea majoritatea a bunurilor debitorului (sau chiar toate) este garantată. În această situație, întreaga distribuire a prețului se va face începând cu prevederile art. 159 din Codul insolvenței – corespondentul art. 121 din Legea nr. 85/2006, după cum urmează:

- prețul vânzării activelor este alocat creditorilor garantați, mai întâi celor beneficiind de cauze de preferință născute după deschiderea procedurii și doar apoi celor cu garanții constituite anterior acestui moment;

- din această sumă se scad toate cheltuielile aferente conservării și administrării bunurilor afectate garanțiilor/drepturilor de preferință, pentru întreaga durată a procedurii. Dacă de la deschiderea procedurii întreprinderea debitoare s-a aflat pentru o anumită perioadă în funcțiune, fie în perioada de observație, fie în timpul reorganizării, pentru perioadele respective se vor determina cheltuieli de conservare și administrare a bunurilor prin analogie, extrapolând datele concrete înregistrate în perioadele când activitatea a fost oprită;

- de asemenea, se scad și sumele avansate în cadrul unor eventuale proceduri de executare silită a acestor bunuri, precum și, dacă este cazul, creanțele aferente furnizorilor de utilități, dacă acestea au fost generate de bunurile în discuție;

- în final, se mai scad și remunerațiile specialiștilor angajați în interesul comun al procedurii, într-un procent calculate *pro rata*, adică prin raportare la ponderea valorii bunului în totalul activelor debitoarei;

– în urma acestei operațiuni rezultă suma netă de distribuit. Dacă aceasta este superioară nivelului creanțelor garantate, acestea se vor acoperi integral, iar surplusul se va supune unei operațiuni de distribuire ce va urma categoriile prevăzute la art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006. Dacă suma netă de distribuit este inferioară valoric creanțelor garantate admise pe tabel cu titlu de creanțe, diferența de creanță neacoperită este relocată la ordinea de prioritate prevăzută de art. 161 din Codul insolvenței – corespondentul art. 123 din Legea nr. 85/2006.

CAPITOLUL XIV. ÎNCHIDEREA PROCEDURII

Secțiunea 1. Considerente generale

1. Închiderea procedurii reprezintă o etapă importantă a procedurii de insolvență, pentru că marchează fie reușita unei reorganizări, în cazul unui plan de reorganizare integral implementat, fie finalizarea unei proceduri de faliment, cu valorificarea integrală a activelor și îndeștularea creditorilor, în diverse proporții, fie o soluție de tip remediu, de stopare a unei proceduri care nu-și mai poate atinge scopul pentru care a fost edictată, în cazul imposibilității de acoperire a cheltuielilor administrative.

În majoritatea cazurilor prezentate, închiderea procedurii reprezintă un proces cu un grad ridicat de dificultate, generat, de multe ori, de contestații sau alte căi de atac promovate de participanții implicați. Tocmai de aceea, considerăm util a analiza, în primul rând, modul în care este reglementată această etapă a procedurii insolvenței în dreptul comparat.

Secțiunea a 2-a. Închiderea procedurii în alte legislații – elemente de drept comparat

§1. Închiderea procedurii insolvenței în legislația franceză

2. În Franța, insolvența este reglementată de Legea din 26 iulie 2005, aplicabilă procedurilor aflate în curs de derulare începând cu data de 01 ianuarie 2006, ulterior suferind modificări în anul 2008. În concepția legiuitorului francez, procedura lichidării judiciare, indiferent să este vorba despre procedura simplificată sau procedura generală, nu trebuie să se prelungească în timp în mod nejustificat^[1].

Așa cum deschiderea procedurii s-a pronunțat printr-o sentință de deschidere, tot astfel, închiderea acestei proceduri trebuie să facă obiectul unei alte judecăți, judecata de închidere a procedurii, care se finalizează printr-o sentință.

După ce operațiunile de lichidare a activului s-au finalizat, ideea principală avută în vedere de către legiuitorul francez, este aceea de a-l repune pe debitorul persoană fizică, în circuitul economic, fără a-l mai supune unei reluări a urmăririi judiciare, inițiate de către creditorii neplătiți^[2]. În privința debitorului persoană juridică, situația este diferită, deoarece închiderea procedurii are ca efect dizolvarea societății.

De la aceste principii, legislația franceză instituie și unele excepții, în raport de care nu numai că există cazuri în care urmărirea persoanei fizice poate fi reluată, dar chiar și procedura în sine poate fi, în anumite situații, redeschisă.

^[1] A. Ballot-Lena, La responsabilité civile en droit des affaires, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 493, Paris, 2008, p. 27.

^[2] P.R. Galle, La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Ed. Litec, Paris, 2005, p. 22.

1.1. Condițiile închiderii

3. În majoritatea situațiilor, închiderea procedurii se dispune constatându-se lipsa activelor disponibile în patrimoniul debitorului, astfel încât creditorii nu-și văd satisfăcute creanțele, situație asemănătoare cazului de închidere prevăzut în legea română a insolvenței – Codul insolvenței, art. 174.

Legea franceză denotă o preocupare sporită pentru acționarea cu diligență și prudență, având în vedere efectele perturbatoare ale unei lichidări judiciare pentru mediul de afaceri, sens în care s-a apreciat că trebuie să existe siguranța că sunt îndeplinite condițiile de închidere a procedurii, respectiv lipsa bunurilor sau plata integrală a creanțelor.

1.2. Calendarul închiderii – termene judiciare

4. Chiar dacă nu este coercitiv la modul propriu, termenul prevăzut în legislația franceză, în cadrul Legii din 26 iulie 2005, vizează preocuparea legiuitorului de a impune atât lichidatorului, cât și judecătorului-sindic, să manifeste diligență în derularea procedurii și închiderea ei într-un termen rezonabil^[1].

Încă de la început, trebuie precizat că, în cazul unei proceduri generale a insolvenței, spre deosebire de cea simplificată, tribunalul este obligat să fixeze termenul în care va fi luată în examinare posibilitatea închiderii procedurii, termen care se va fixa încă prin sentința de deschidere a procedurii. Trebuie avut în vedere că este vorba despre examinarea posibilității de a pronunța închiderea, deci tribunalului i se cere o apreciere estimativă cu privire la perioada de timp necesară pentru derularea acestei proceduri.

În general, acest termen este stabilit la cel puțin doi ani de la data deschiderii procedurii. Aproape de împlinirea acestei perioade, sunt citați lichidatorul și comitetul creditorilor, precum și debitorul, în cazul în care nu i s-a ridicat dreptul de administrare, pentru a fi examinată posibilitatea închiderii procedurii. Este adevărat că legea nu prevede nicio sancțiune în cazul în care judecătorul-sindic uită de acest termen, deoarece sarcina convocării părților aflate în procedură cade exclusiv în sarcina grefierului. Totuși, în practică, atât lichidatorul, cât și debitorul pot să ceară tribunalului, în cazul expirării acestui termen general de doi ani, să fie luată în examinare posibilitatea închiderii procedurii. De asemenea, termenul de doi ani fixat încă de la deschiderea procedurii, poate fi redus în cazul în care nu se mai impune continuarea acesteia sau pentru că s-au vândut toate activele sau pentru că au fost acoperite creanțele declarate de către creditorii, ori pentru că debitorul nu avea deloc bunuri.

Examinarea cererii de închidere a procedurii poate să conducă fie la pronunțarea unei hotărâri de închidere, fie la constatarea împrejurării că aceasta nu poate fi închisă la termenul stabilit, caz în care judecătorul-sindic prelungește termenul dat anterior printr-o decizie motivată, în cadrul căreia trebuie să fixeze un nou termen care să producă aceleași efecte ca și precedentul.

În același timp, creditorii pot solicita închiderea procedurii doar în momentul în care termenul de doi ani fixat odată cu deschiderea procedurii a expirat și nu s-a luat nicio măsură în ce privește închiderea acestei proceduri. Cu toate acestea, creditorii pot fi sancționați pentru *abuz de acțiune* atunci când formulează o cerere de închidere deși

^[1] M. Jeantin, P. Le Cannu, Droit commercial. Entreprises en difficulté, 7^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2007, p. 215.

cunosc că în mod pertinent închiderea nu poate fi pronunțată, deoarece nu sunt îndeplinite condițiile de fond impuse de lege^[1].

În contextul procedurii colective, se poate estima că doar creditorii care sunt trecuți în tabelul creditorilor pot beneficia de această posibilitate, deoarece creditorii care au creanțe ce s-au născut după deschiderea procedurii și care au dreptul la o plată la scadență, nu au interes să solicite închiderea procedurii, deoarece nu sunt prejudiciați prin continuarea acesteia.

Hotărârea de închidere a procedurii produce efecte de la data pronunțării acesteia, iar comunicarea ei se va face în aceleași condiții ca și cele necesare pentru pronunțarea hotărârii de deschidere. Recursul împotriva acestei hotărâri nu este supus unor reguli speciale prevăzute în legea insolvenței, ceea ce face să fie aplicabile dispozițiile dreptului comun.

1.3. Cazurile de închidere a procedurii

1.3.1. Închiderea pentru stingerea pasivului

5. Atunci când nu mai există *pasiv exigibil*, ipoteză destul de rar întâlnită, se poate dispune închiderea procedurii. Termenul de pasiv exigibil este interpretat în sensul că acesta nu cuprinde creanțele asupra cărora creditorul a consimțit să fie achitate ulterior, adică a renunțat la exigibilitatea creanței.

Pe de altă parte, în situația în care există sume suficiente pentru achitarea creanțelor creditorilor, se procedează la închiderea procedurii, după care lichidatorul judiciar va proceda la repartizarea sumelor în funcție de ordinea de preferință a creanțelor, iar sumele rămase se vor restitui debitorului sau asociaților acestora, pentru debitorul persoană juridică. Această situație reprezintă un caz de prelungire a funcțiilor lichidatorului după închiderea procedurii pentru ca acesta să-și îndeplinească toate atribuțiile mandatului său^[2].

1.3.2. Închiderea pentru insuficiența elementelor de activ

6. *Insuficiența elementelor de activ*, adică lipsa bunurilor debitorului, trebuie să conducă la pronunțarea închiderii procedurii, deoarece această situație face imposibilă continuarea operațiilor de lichidare judiciară și generează cheltuieli inutile de procedură.

Insuficiența elementelor de activ este definită în lege ca fiind situația intervenită atunci când valoarea bunurilor, respectiv ale activelor debitorului, precum și a acțiunilor și procedurilor angajate pentru recuperarea de către debitor a propriilor creanțe, nu permite plătitrea, chiar și parțială a creditorilor.

§2. Închiderea procedurii lichidării judiciare în SUA comparativ cu dreptul francez al insolvenței

7. Menționăm că în Codul american al insolvenței, etapa finală a procedurii, respectiv închiderea acesteia, intervine atunci când sunt lichidate și distribuite sumele rezultate din procedură către creditorii, în ordinea de preferință prevăzută de *US Bankruptcy*

[1] Art. L. 643-9.

[2] M. Jeantin, P. Le Cannu, op. cit. 278.

Code. Așadar, în legislația americană, închiderea procedurii presupune finalizarea operațiunilor de distribuire a sumelor rezultate din valorificarea masei active.

O primă precizare care se impune, comparând legislațiile franceză și americană în domeniul insolvenței, este că în SUA, majoritatea persoanelor juridice optează în primul rând, pentru reorganizare și doar în subsidiar, dacă reorganizarea este puțin probabilă, consimt să apeleze la procedura falimentului.

2.1. Procedura de lichidare a activelor debitorului

8. Imediat după introducerea cererii, indiferent dacă ea provine de la debitor sau de la creditori, un lichidator interimar este desemnat de *United-States Trustee* al tribunalului, pentru a asigura, cu titlu provizoriu, protecția activelor afectate procedurii. Desesizarea debitorului, în cazul în care el introduce cererea de faliment, nu intervine, cu toate acestea, decât după pronunțarea încheierii de deschidere a procedurii (*Order for Relief*), atunci când cererea este introdusă de către creditorii săi. Această desesizare are ca efect, la fel ca și în dreptul francez, ridicarea dreptului debitorului de a administra și a dispune de bunurilor sale. Cu toate acestea, subliniem că, în lichidare, de asemenea, desesizarea este supusă în dreptul american unui regim diferit, în funcție de natura debitorului. În cazul persoanelor fizice, nu sunt supuse lichidării decât bunurile prezente sesizabile la data introducerii cererii de faliment^[1]. Bunurile dobândite cu titlu personal după această dată sunt, cu puține excepții, conservate de debitor pentru „reabilitarea sa personală” (*fresh start*); prin urmare, el continuă să exercite asupra lor toate drepturile și prerogativele.

Diferența față de regimul desesizării din dreptul francez este, așadar, considerabilă, dat fiind că în Franța „bunurile dobândite în orice fel, atât timp cât lichidarea nu este încheisă”, sunt afectate plății creditorilor și trec în administrarea lichidatorului^[2]. Debitorul american desesizat nu este lipsit de orice drept de a acționa, Codul permițându-i să pună în aplicare nulitatea sau reducerea garanțiilor convenționale ce grevează bunurile sale insesizabile. El poate chiar, dacă este necesar, utiliza acțiunile în anulare rezervate exclusiv *trustee*-ului pentru a obține un astfel de rezultat. Aceștia îi sunt, uneori, restituite în cadrul procedurii bunurile pe care lichidatorul dorește să le administreze. Deciziile lichidatorului de a înstrăina activele îi sunt notificate, iar acesta are posibilitatea de a se opune.

Referitor la creditorii titulari ai unor garanții reale, în cazul în care lichidatorul poate proceda la vânzarea bunurilor afectate de garanții, vânzarea bunurilor grevate de garanții reale nu este totuși metoda recomandată, în general, de Cod. Legiuitorul pare să considere că nu intră în sarcina *trustee*-ului să lichideze bunurile grevate în interesul beneficiarilor lor. Să ne amintim că în concepția americană, *trustee*-ul acționează exclusiv în interesul creditorilor care nu sunt titulari ai unor garanții, în beneficiul cărora trebuie efectuată lichidarea. *Creditorii privilegiați* trebuie, astfel, să fie în măsură să-și obțină garanțiile imediat ce acest lucru este posibil și să procedeze personal la realizarea lor^[3].

^[1] K. Gross, *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, New Haven Conn., 1997, p. 24.

^[2] M. Jeantin, P. Le Cannu, op. cit., p. 157.

^[3] K. Gross, op. cit., p. 27.

2.2. Plata pasivului

2.2.1. Creanțele privilegiate

9. Am observat deja că legiuitorul american a optat să aducă o atingere cât mai redusă drepturilor *creditorilor privilegiați*. Creanțele lor anterioare își conservă prioritatea la plată, chiar în fața cheltuielilor posteroare ale procedurii. Acest principiu se menține cu atât mai mult în cazul lichidării, când societatea debitoare este sortită dispariției și nu există niciun interes superior care să fie menit a fi protejat, în afara interesul colectiv al *creditorilor chirografari*. Astfel, creditorii cei mai diligenți și mai prudenți nu trebuie să suporte consecințele neglijenței altora. Dacă creditorii titulari de garanții vor trebui să facă anumite concesii, acceptând în special să amâne realizarea gajului, legea nu îi va putea priva în mod nejustificat de drepturile dobândite în mod legal. Aceasta ține de regimul de protecție al creditului. În mod similar, nu este în interesul colectiv al creditorilor chirografari ca veniturile procedurii să dispară pentru a asigura administrarea și conservarea unui bun grevat. Această stare de lucruri este cu atât mai puțin acceptabilă dacă se constată că rezultatul realizării acestuia este insuficient pentru a-l satisface pe beneficiarul garanției.

Creditorii privilegiați trebuie, așadar, să fie capabili să reintre în posesia gajului rapid și să îl realizeze prin propriile lor mijloace. Lipsa anteriorității de drept acordată altor datorii considerate prioritare – așa-numitele cheltuieli ale procedurii și anumite creanțe salariale anterioare – facilitează punerea în aplicare a acestei plăți preferențiale.

Cu toate acestea, chiar și în dreptul american, anumite creanțe privilegiate se pot găsi în situația de a fi întoarse la un rang inferior. Creditorul privilegiat anterior poate fi obligat să-și cedeze anterioritatea de drept împrumutătorului de fonduri ce finanțează activitatea menținută temporar sau care îi avansează lichidatorului mijloacele lichidării. În plus, creditorul poate să fi acceptat în mod convențional, anterior falimentului, să-și subordoneze creanța oricărei alte creanțe aparținând unui alt creditor ale cărui drepturi pot fi inferioare garanției sale. Trebuie să adăugăm, însă, și faptul că legiuitorul reglementează subordonarea legală a creanțelor, pentru a-i sancționa pe anumiți creditori și a-i proteja pe ceilalți împotriva actelor prejudiciabile ale debitorului. Codul instituie însă un mecanism original de subordonare sau de declasare a creanțelor fiscale privilegiate anterioare, în favoarea creanțelor prioritare, aplicabil numai în procedura lichidării reglementată în Capitolul 7.

Astfel, creditorii privilegiați se bucură de o plată preferențială, ale cărei modalități merită studiate, înainte de a aborda derogarea specifică adusă procedurii lichidării, având ca efect pierderea de către administrația fiscală a rangului său preferențial. Creditorii chirografari anteriori în interesul cărora se desfășoară procedura suportă riscurile și ajung cei din urmă să beneficieze de distribuiri.

2.2.2. Dreptul de răscumpărare al debitorului

10. De asemenea, în legislația americană se întâlnește un *drept de răscumpărare al debitorului* – Codul acordă numai persoanelor fizice în lichidare și în anumite condiții limitative, un drept de *redeem*, adică de a răscumpăra sau de a libera anumite bunuri – bunuri mobile corporale, în cazul în care acestea sunt insesizabile sau abandonate de către lichidator – grevate din mâinile creditorului gajist.

Această dispoziție îi este avantajoasă debitorului dat fiind că îl împiedică pe creditor să intre în posesia gajului. Legiuitorul acordă, de asemenea, prioritate interesului indirect de a preveni ca persoana să angajeze noi cheltuieli pentru a înlocui bunul în cazul în care acesta ar trebui să fie vândut la licitație. Această măsură se înscrie, astfel, în linia dispozițiilor destinate să-i permită debitorului să o ia din nou de la început^[1].

2.2.3. Compensări datorate creditorului

11. Debitorul care dorește să-și conserve bunul trebuie să îi plătească creditorului privilegiat suma admisă a creanței garantate prin *gaj*. În cazul în care valoarea bunului este inferioară creanței, creditorul nu va avea dreptul decât la plata unei sume egale cu valoarea pe piață a gajului^[2]. Astfel, de exemplu, debitorul îi datorează 3.000 dolari creditorului, care deține o garanție pe vehiculul celui dintâi. În cazul în care debitorul intră în faliment, iar valoarea mașinii se ridică la 1200 de dolari, el va putea șterge garanția prin plata către creditor, cu titlu de lichidare a tuturor drepturilor bănești cuvenite, a sumei de 1200 de dolari.

Dacă, din întâmplare, bunul are o valoare superioară celei a creanței, creditorul primește suma totală a ceea ce îi este încă datorat. În cazul în care debitorul dorește să recupereze un bun grevat din mâinile unui creditor supra-garantat, el trebuie să îi plătească, de asemenea, costurile de conservare a bunului, în cazul în care o atare despăgubire a fost inițial prevăzută în contractul de garanție.

Codul nu indică dacă plata trebuie făcută pe loc sau în rate (*installment*). Cu toate acestea, cele mai multe jurisdicții par a fi ostile unei plăți în rate, fără consimțământul creditorului. Acestea consideră că tehnica „răscumpărării” a fost împrumutată din Codul comercial uniform, Secțiunea 9-506. Or, acest text interpretează termenul „răscumpărare” ca însemnând „plata pe loc”.

Debitorul nu este singurul concurent în favoarea căruia drepturile creditorilor privilegiați pot fi modificate. Unii creditori, precum fiscul, sunt constrânși să-și cedeze prioritatea altor creditori, ceea ce în legea română a insolvenței, ar fi de neconceput.

§3. Închiderea procedurii insolvenței și efectele închiderii procedurii în alte state europene

3.1. Anglia

12. Dispozițiile referitoare la închiderea procedurilor de administrare, de lichidare și de faliment sunt prevăzute de *Insolvency Act* din 1986 și de *Insolvency Rules* din 1986.

Condițiile referitoare la închiderea unei proceduri de *administrative receivership* vor fi guvernate de *Enterprise Act 2002*. Acest din urmă act are ca scop reducerea consecințelor falimentului și încurajarea salvagădării societăților comerciale.

Spre deosebire de legea română, în Anglia legea recunoaște că un eșec financiar nu este automat imputabil debitorului. Scopul acestei legi este de a garanta că fiecare comerciant aflat în insolvență va fi evaluat în baza datelor proprii și de a evita aplicarea principiului tratamentului egal în orice circumstanțe. Durata falimentului a fost redusă

[1] J.C. Murray, Can a Bankruptcy Plane Wipe Out Default Interest?, Michigan Business Law Journal, XXIII (1): 47-54, 2004, p. 17.

[2] L.R. Meham, Bankruptcy Basics, Yale University, aprilie 2004, p. 71.

de la aceea obișnuită de trei ani la o durată de maxim un an. În contrapondere, a fost introdus un nou regim de *Bankruptcy Restrictions Orders*, care are ca efect faptul că persoanele culpabile sau imprudente vor fi supuse unor restricții în materie de faliment pentru o perioadă de doi până la cincisprezece ani. Aceste dispoziții au intrat în vigoare la data de 1 aprilie 2004.

Sanțiuni civile și penale pot fi aplicate în cazul administratorilor care abuzează de privilegiul răspunderii limitate, inclusiv cea a interdicției de a exercita funcții de conducere sau de a se implica în administrarea unei societăți pentru o perioadă de doi până la cincisprezece ani.

3.2. Austria

13. Procedura lichidării judiciare se încheie, în caz de *concordat forțat*:

- în cazul în care instanța are dovada că distribuirea finală a fost pe deplin executată;
- atunci când hotărârea de confirmare a concordatului dobândește autoritate de lucru judecat, iar creanțele privilegiate (în temeiul dreptului de a fi revendicate și de a fi satisfăcute separat), precum și creanțele înscrise la masa credală au fost plătite sau garantate;

- lichidarea va fi, de asemenea, închisă în cazul în care un plan de plată a fost aprobat și a dobândit putere de lucru judecat sau când hotărârea de deschidere a procedurii de resorbție prin prelevări a dobândit putere de lucru judecat;

- în fine, lichidarea va fi închisă atunci când toți creditorii preferențiali și creditorii post-adjudecatori sunt de acord sau dacă se dovedește în timpul procedurii că patrimoniul este insuficient pentru a acoperi cheltuielile procedurii de faliment.

Închiderea definitivă a lichidării antrenează cu precădere următoarele efecte:

- fostul debitor redobândește drepturi depline de a dispune de patrimoniul său, în timp ce puterile lichidatorului încetează;

- fostul debitor își redobândește, fără nicio rezervă, calitatea procesuală activă și pasivă. În procesele pendinte, are loc o substituie legală a părților, debitorul substituindu-se masei falimentare;

- creditorii înscrși la masa credală pot reîncepe, fără restricții, executarea silită a fostului debitor în vederea recuperării părții din creanțe ce depășește procentul obținut prin procedura falimentului.

În anumite domenii, înainte de a putea desfășura din nou o activitate comercială, fostul debitor poate fi supus anumitor restricții administrative sau profesionale.

3.3. Belgia

3.3.1. Închiderea procedurii în cazul concordatului judiciar

14. În cazul în care instanța comercială aprobă suspendarea definitivă a plăților, debitorul este liberat, în mod definitiv, de plata tuturor creanțelor înregistrate în planul de reorganizare și de plăți, de îndată ce acesta a fost executat pe deplin^[1]. Debitorul își poate relua activitatea pe baze sănătoase, iar în cazul unei societăți sau întreprinderi, aceasta își poate desfășura în continuare activitatea.

[1] Art. 35 alin. (3) AJA.

În cazul în care instanța comercială nu aprobă suspendarea definitivă a plăților, aceasta poate, prin aceeași hotărâre, să declare debitorul în faliment, după audierea acestuia, în particular, cu privire la circumstanțele intrării în faliment^[1].

3.3.2. Închiderea procedurii în cazul falimentului

15. Procedura falimentului este un pur mecanism de lichidare. Inițial, instanța soluționează litigiile referitoare la situația financiară a debitorului, în cazul în care acest lucru este posibil. Ulterior, la propunerea lichidatorului, aceasta dispune închiderea procedurii de faliment. Lichidatorul prezintă instanței, în camera de consiliu, rapoarte cu privire la deliberările creditorilor referitoare la liberarea debitorului, precum și cu privire la circumstanțele falimentului^[2].

După închiderea procedurii de faliment, de regulă, persoana în stare de faliment este declarată exonerabilă, în cazul persoanelor fizice, efecte de care nu beneficiază și persoanele juridice, dacă aceasta nu are cazier judiciar și a acționat, în mod corespunzător, ca o persoană responsabilă. Efectul exonerării îl constituie faptul că toate datoriile acesteia sunt șterse definitiv, iar persoanele fizice care s-au obligat, în mod gratuit, alături de debitor sunt liberate de obligațiile lor. Această liberare acordată persoanei în stare de faliment, care este persoană fizică, este, de asemenea, valabilă în privința soțului/soției în cazul în care acesta/aceasta a fost de acord să fie codebitor^[3].

O persoană în stare de faliment declarată exonerabilă poate începe o nouă activitate comercială și este considerată reabilitată^[4]. O persoană în stare de faliment care nu este declarată exonerabilă poate solicita reabilitarea în cazul în care aceasta a plătit toate sumele datorate^[5].

Închiderea procedurii falimentului are ca efect încetarea misiunii lichidatorului, cu excepția actelor necesare închiderii procedurii, și îi acordă descărcare.

3.4. Finlanda

3.4.1. Închiderea procedurii de faliment

16. Lichidatorul întocmește un decont final atunci când bunurile debitorului au fost lichidate, iar activele aparținând acestuia au fost realizate. Procedura de faliment este considerată închisă atunci când creditorii au aprobat decontul final.

Procedura de faliment poate fi, de asemenea, închisă în temeiul unei sentințe de închidere a procedurii pronunțată de tribunal, în cazul în care activele debitorului sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile procedurii falimentului sau în cazul în care continuarea procedurii nu se mai impune, din alt motiv^[6].

Procedura falimentului nu poate fi, totuși, încheiată, în cazul în care se desfășoară sub formă de lichidare administrată public. Motivele îl pot privi pe debitor sau pot fi legate de insuficiența activelor debitorului. În acest caz, costurile procedurii sunt suportate de stat, în măsura în care activele debitorului sunt insuficiente pentru a le acoperi.

[1] Art. 33 alin. (1) AJA.

[2] Art. 80 din Legea privind falimentul.

[3] Art. 81-82 din Legea privind falimentul

[4] Art. 110 din Legea privind falimentul.

[5] Art. 109 alin. (1) din Legea privind falimentul.

[6] www.ec.europa.eu.

Procedura falimentului poate fi, de asemenea, închisă printr-un „*concordat obligatoriu*”, prin care debitorul și creditorii ajung la un acord în ceea ce privește plata datoriilor. Procedura falimentului poate fi închisă și pentru un motiv considerat întemeiat de către instanță și invocat de către debitor în termen de opt zile de la deschiderea sa.

Ca urmare a falimentului, calitatea procesuală activă a debitorului suportă anumite limitări, până la data la care debitorul a validat inventarul bunurilor sale, o perioadă de maxim patru luni de la deschiderea procedurii falimentului. După această perioadă debitorul poate, spre exemplu, începe o altă afacere.

Neglijența ce poate fi asociată activității care a condus la deschiderea procedurii falimentului împotriva debitorului poate constitui o infracțiune. De asemenea, este posibil ca asupra debitorului sau reprezentantului său să se instituie interdicția de a desfășura o activitate comercială, fie pe cont propriu, fie prin intermediar, pe o durată determinată (de la trei la șapte ani), menționată în registrul public.

3.4.2. Închiderea procedurii în cazul reorganizării

17. Procedura de reorganizare poate fi închisă în temeiul unei hotărâri judecătorești, în cazul în care debitorul nu respectă planul și când nerespectarea acestuia nu este neglijabilă. Procedura de reorganizare este, de asemenea, închisă în cazul în care debitorul este declarat în faliment înainte ca planul să fi fost finalizat. Tribunalul poate rezilia de asemenea planul în privința anumitor creditori, atunci când, spre exemplu, debitorul nu și-a îndeplinit în mod substanțial obligațiile de plată față de acești creditori.

Referitor la efectele închiderii procedurii cu privire la ștergerea datoriilor persoanei fizice sau juridice, remarcăm că debitorul este liberat de plata datoriilor restante atunci când obligațiile prevăzute în planul de plată au fost îndeplinite. Planul poate totuși înceta, în temeiul unei hotărâri judecătorești, în cazul în care debitorul nu se conformează obligațiilor asumate, fără un motiv întemeiat, sau când debitorul nu-și respectă obligația de cooperare. Planul încetează, de asemenea, în cazul în care debitorul este declarat în stare de faliment sau în cazul în care acesta decedează în timpul executării planului de plată. Încetarea planului are ca efect reinstituirea termenelor de plată inițiale a creditorilor.

3.5. Germania

18. Codul german al insolvenței, denumit *Insolvenzordnung (InsO)*, nu prevede în general niciun fel de termen care să impună efectuarea într-un anumit interval de timp a unor etape ale procedurii, însă rigoarea specific germană determină ca instanțele să menționeze inclusiv în sentința de deschidere a procedurii data și ora deschiderii acesteia, astfel că, din acest moment, toți participanții la procedură se preocupă de derularea și închiderea ei cu celeritate având în vedere interesele social-economice care sunt afectate prin aceasta, astfel că procedura insolvenței este privită practic ca o procedură de urgență.

În legislația germană a insolvenței există foarte puține audieri în instanță pe tot parcursul derulării procedurii și nu sunt prevăzute termene stricte de judecată, iar instanța supraveghează atât legalitatea desfășurării activității administratorului juridic, cât și oportunitatea măsurilor.

Odată efectuată distribuirea finală, procedura falimentului se închide din oficiu. Sentința de închidere este adusă la cunoștința publicului. După închiderea procedurii fali-

mentului, creditorii îl pot urmări fără rezerve pe debitor pentru restul creanțelor nesatisfăcute. Alte reguli se vor aplica însă în cazul în care debitorul este o persoană fizică și acesta a solicitat să fie liberat de plata datoriilor restante. În cazul în care liberarea de datorii este acceptată, creditorii nu mai au, în mod cert, nicio posibilitate de a-și impune pretențiile debitorului (cu excepția creanțelor prevăzute de art. 302 din InsO). Odată închisă procedura falimentului, debitorului i se permite, în principiu, din nou să administreze și să dispună de bunurile care au făcut parte anterior din masa activelor.

În cazul în care s-a stabilit un plan de reorganizare, procedura se încheie imediat ce acesta este aprobat definitiv (art. 258 I 2 din InsO).

3.6. Irlanda

3.6.1. *Obligațiile impuse de deschiderea procedurii falimentului*

19. Pentru a fi liberat de obligațiile impuse de deschiderea procedurii falimentului:
- debitorul trebuie să plătească toate datoriile și cheltuielile precum și dobânzile la acestea [art. 85, alin. (3), lit. a), pct. i) din Legea privind întreprinderile], sau
 - debitorul trebuie să plătească toate cheltuielile și toate creanțele privilegiate și să obțină acordul tuturor creditorilor [art. 85, alin. (3), lit. a), pct. ii)], sau
 - averea debitorului trebuie să fie complet lichidată, toate cheltuielile și toate creanțele privilegiate trebuie să fie plătite, iar creditorilor să li se plătească un procent de 50 de cenți per 1 euro [art. 85, alin. (4), lit. a)], sau
 - averea debitorului trebuie să fie complet lichidată, toate cheltuielile și toate creanțele privilegiate trebuie să fie plătite, dividendele să fi fost plătite, iar debitorul și/sau asociații săi trebuie să plătească aceste sume creditorilor dacă, adăugate dividendelor, acestea ating suma de 50 de cenți per 1 euro [art. 85, alin. (4), lit. b)], sau
 - averea debitorului trebuie să fie complet lichidată, toate cheltuielile și toate creanțele privilegiate trebuie să fi fost plătite, toate bunurile dobândite după pronunțarea falimentului să fi fost declarate, debitorul trebuie să fi funcționat o perioadă de doisprezece ani, iar instanța să aibă convingerea că este rezonabil și just să îl libereze pe debitor [art. 85, alin. (4), lit. c)].

3.6.2. *Efectele închiderii procedurii*

20. Debitorul care nu a fost liberat suportă o serie de interdicții legale, precum interdicția de a opera un cont bancar, interdicția de a deține o funcție de administrator social sau orice altă funcție în conducerea unei societăți (art. 183 din Legea din 1963 privind întreprinderile) și interdicția de a fi un membru în Parlament sau într-o autoritate publică locală^[1]. Odată liberat, toate bunurile aflate în administrarea lichidatorului desemnat sunt remise automat debitorului. Acesta din urmă poate începe o afacere ca orice altă persoană^[2].

3.7. Italia

21. Procedura lichidării poate fi închisă în cazul în care datoriile au fost integral plătite, sumele realizate în urma lichidării au fost distribuite creditorilor cu respectarea or-

^[1] www.irs.gov/irs.

^[2] www.ec.europa.eu.

dinii de prioritate a creanțelor lor sau, în cazul în care creanțele creditorilor nu au fost satisfăcute, dacă s-a stabilit că desfășurarea în continuare a procedurii falimentului nu va conduce la realizarea creanțelor rămase.^[1]

Recenta reformă a legislației insolvenței a eliminat restricțiile anterioare referitoare la imposibilitatea ca debitorul să reia comerțul după închiderea procedurii de faliment.^[2]

Debitorul nu este împiedicat în mod automat să înceapă activități comerciale, după închiderea procedurii falimentului, cu excepția cazului în care acesta a fost condamnat pentru o infracțiune legată de procedura falimentului și, pe cale de consecință, acestuia i s-a interzis să conducă o societate.

Secțiunea a 3-a. Aspecte generale privind cazurile de închidere a procedurii insolvenței din Legea nr. 64/1995

22. În prima lege a insolvenței din dreptul românesc ulterior anului 1989, procedura reorganizării și lichidării judiciare era închisă în următoarele situații:

a) o procedură de lichidare judiciară era închisă atunci când tribunalul aproba raportul final, toate fondurile sau bunurile din averea debitorului erau distribuite și fondurile nereclamate depuse la bancă;

b) în urma îndeplinirii unui plan confirmat sau la cererea celui care l-a propus; dacă o procedură începea ca reorganizare, dar apoi devenea lichidare, aceasta era închisă în condițiile lit. a) de mai sus;

c) din lipsă de activ, atunci când se constata că nu există bunuri sau cele existente nu erau suficiente pentru acoperirea cheltuielilor administrative și niciun creditor nu se oferea să avanseze sumele necesare pentru continuarea procedurii;

d) prin acoperirea tuturor creanțelor în urma distribuirilor făcute, chiar dacă în averea debitorului mai existau bunuri care nu fuseseră încă lichidate;

e) dacă niciun creditor nu înregistra o declarație de creanță.

Cererea judecătorului-sindic de a se pronunța închiderea procedurii colective era notificată tuturor creditorilor, debitorului și Camerei de Comerț și Industrie teritoriale, iar după cel puțin 20 de zile de la aceasta, tribunalul hotăra asupra solicitării sindicului, precum și asupra eventualelor obiecții formulate.

Hotărârea de închidere producea următoarele efecte:

1. judecătorul-sindic și persoanele care l-au asistat erau descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, averea debitorului și orice altă persoană;

2. debitorul era descărcat de obligațiile pe care le avea înainte de data deschiderii procedurii, în afara cazului în care era găsit vinovat de bancrută frauduloasă sau de efectuarea unor plăți ori transferuri frauduloase mai înainte de acest moment, în măsura în care datoriile nu fuseseră plătite în cadrul procedurii.

În strânsă legătură cu închiderea procedurii, legiuitorul a reglementat în Capitolul IV problema *răspunderii membrilor organelor de conducere* – administratori, directori, cenzori – care au contribuit la ajungerea societății în această situație (este vorba doar de societățile pe acțiuni și de cele cu răspundere limitată, deoarece pentru celelalte forme societare exista art. 111: „În cazul în care bunurile care alcătuiesc averea unei

^[1] Restructuring & Insolvency in 50 jurisdiction worldwide – 2011, Printed and distributed by Law Business Research, 2011, p. 198-201.

^[2] www.ec.europa.eu.

societăți în nume colectiv sau în comandită nu sunt suficiente pentru plata creanțelor, înregistrate și verificate, împotriva societății, judecătorul-sindic va putea proceda la executarea silită împotriva asociațiilor cu răspundere nelimitată”), prin una dintre faptele enumerate limitativ la lit. a)-g) ale art. 123, finalul textului precizând expres că aplicarea acestei răspunderi nu înlătură aplicarea legii penale pentru acele fapte care constituiau infracțiuni^[1]. Toate sumele recuperate în acest fel intrau tot în averea debitorului și erau destinate, în caz de reorganizare, completării fondurilor necesare continuării activității acestuia^[2], iar în caz de lichidare, plății datoriilor. De aceea, în mod just doctrina^[3] a arătat că acest capitol a fost neinspirat plasat după închiderea procedurii, dintr-o interpretare corectă a textelor de lege rezultând că răspunderea persoanelor menționate se stabilește de tribunal în cursul procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995, înainte de închidere, iar sumele rezultate se distribuie tot în cadrul procedurii, în ordinea prevăzută de art. 105-109, și nu doar către creditorii care au cerut stabilirea răspunderii^[4].

Secțiunea a 4-a. Închiderea procedurii insolvenței în viziunea Legii nr. 85/2006

23. Sub imperiul Legii nr. 85/2006, procedura reorganizării și lichidării judiciare era închisă în următoarele situații:

a) în orice stadiu al procedurii prevăzute de lege dacă se constata că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea erau insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și niciun creditor nu se oferea să avanseze sumele corespunzătoare – printr-o sentință de închidere, prin care se dispunea și radierea debitorului;

b) ca urmare a îndeplinirii obligațiilor asumate printr-un plan de reorganizare confirmat – printr-o sentință. Dacă procedura de reorganizare devenea faliment, era închisă în condițiile lit. a) de mai sus;

c) prin aprobarea raportului final, când toate fondurile sau bunurile din averea debitoareii fuseseră distribuite și când fondurile nereclamate fuseseră depuse la bancă – printr-o sentință de închidere, prin care se dispunea și radierea debitorului;

d) prin acoperirea tuturor creanțelor în urma distribuirilor făcute, chiar dacă în averea debitorului mai existau bunuri care nu fuseseră încă lichidate, dacă exista o solicitare în acest sens din partea tuturor asociațiilor, formulată în 30 de zile de la data primirii, de către administratorul special, a unei notificări în acest sens; în lipsa unei astfel de solicitări, era necesară valorificarea tuturor bunurilor, iar sumele astfel obținute, depuse într-un cont la dispoziția asociațiilor. În oricare dintre cazuri, închiderea procedurii avea loc printr-o sentință de închidere, prin care se dispunea și radierea debitorului

^[1] Pentru o tratare monografică a problemei răspunderii membrilor organelor de conducere ale debitorului aflat în insolvență, a se vedea V. Pașca, Falimentul fraudulos – răspundere și sancțiuni, Ed. Lumina Lex, București, 2005.

^[2] Trib. Caraș-Severin, sent. civ. nr. 140/J.S. din 16 februarie 2006, nepublicată.

^[3] I. Turcu, Tratat de insolvență, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 210-211.

^[4] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 402 din 3 aprilie 2007, nepublicată; în sens contrar, a se vedea C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 747 din 19 iunie 2007, nepublicată, hotărâre prin care, deși a fost admis recursul creditoarei A.V.A.S. București, sentința primei instanțe a fost modificată în sensul că fostul administrator societății a fost obligat să suporte doar o parte din pasivul societății debitoare, respectiv suma de 705,98 U.S.D., dar nu mai puțin decât valoarea nominală de 2.315,46 lei, care va intra în averea debitoareii și va fi destinată acoperirii pasivului falitei, această sumă fiind cea pentru care s-a solicitat atragerea răspunderii în temeiul art. 137 din Legea nr. 64/1995, nepublicată.

e) ca urmare a neînregistrării unor declarații de creanță în termenul stabilit de către judecătorul-sindic pentru aceasta – printr-o sentință de închidere a procedurii și de revocare a hotărârii privind deschiderea procedurii.

Hotărârea de închidere producea următoarele efecte:

a) judecătorul-sindic, administratorul/lichidatorul și persoanele care i-au asistat erau descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea sa, creditori, titulari de garanții, acționari sau asociați;

b) debitorul persoană fizică era descărcat de obligațiile pe care le avea înainte de data deschiderii procedurii, în afara cazului în care era găsit vinovat de bancrută frauduloasă sau de efectuarea unor plăți ori transferuri frauduloase mai înainte de acest moment, în măsura în care datoriile nu au fost plătite în cadrul procedurii.

Legiuitorul a menținut și în Legea nr. 85/2006 reglementarea anterioară, înțelegând să trateze în continuare, într-un capitol separat, plasat după cel privind închiderea procedurii, dispozițiile referitoare la problema răspunderii persoanelor cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență – Capitolul IV – Răspunderea membrilor organelor de conducere, art. 138. S-a menținut, totodată, și precizarea conform căreia aplicarea acestei răspunderi nu înlătura aplicarea legii penale pentru acele fapte care constituiau infracțiuni. Toate sumele recuperate în acest fel intrau tot în averea debitorului și erau destinate, în caz de reorganizare, plății creanțelor conform programului de plăți, completării fondurilor necesare continuării activității, iar în caz de faliment, acoperirii pasivului.

Secțiunea a 5-a. Închiderea procedurii insolvenței în viziunea Codului insolvenței

24. Noul Cod al insolvenței păstrează, în linii mari, dispozițiile corespunzătoare ale Legii nr. 85/2006, aducând însă și unele elemente de noutate. Închiderea procedurii vizează cazurile, prevăzute anume de legiuitor, prin care se pune capăt procedurii insolvenței, într-un anumit moment al desfășurării acesteia și efectele acestei închideri. Aceasta este reglementată într-o secțiune distinctă (*Secțiunea a 9-a*), în numai câteva articole de lege (art. 174-182) însă importanța acestui moment final al procedurii insolvenței este majoră.

§1. Cazuri de închidere a procedurii insolvenței

25. În cadrul Codului insolvenței, cazurile de închidere a procedurii, prevăzute limitativ de legiuitor, sunt structurate în Secțiunea a 9-a a Titlului II. Procedura insolvenței, Capitolul I. Dispoziții comune, de la art. 174 la art. 182, vizând în linii generale situația inexistenței sau a insuficienței activelor debitorului sau, dimpotrivă, a stingerii în tot sau în parte a pasivului acestuia, precum și cazul în care niciun creditor nu a solicitat înscrierea vreunei creanțe la masa credală.

1.1. Cazurile prevăzute de art. 174

26. Articolul 174 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 131 alin. (1) din Legea nr. 85/2006] prevede că: „în orice stadiu al procedurii prevăzute de prezentul titlu, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze

sumele corespunzătoare, judecătorul-sindic va audia de urgență creditorii într-o ședință, iar în cazul refuzului exprimat de aceștia de a avansa sumele necesare sau în cazul ne-prezentării acestora, deși s-a îndeplinit procedura citării prin BPI, va da o sentință de închidere a procedurii, prin care se dispune și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat”. Așadar, prevederile art. 174 alin. (1), similare cu cele ale art. 131 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, reglementează una dintre situațiile generale de închidere a procedurii care operează în orice stadiu al acesteia, indiferent de forma procedurii, generală sau simplificată.

Rațiunea închiderii procedurii într-o astfel de situație, cum este cea reglementată de textul legal ce constituie obiectul analizei noastre, rezidă în aceea că scopul legii este acoperirea pasivului debitorului aflat în stare de insolvență, astfel că, în ipoteza în care se constată că nu se vor putea achita nici măcar cheltuielile administrative generate de desfășurarea procedurii, menținerea deschisă a acesteia ar fi lipsită de obiect întrucât scopul legii nu poate fi realizat^[1].

În ceea ce privește sintagma „*cheltuieli administrative*”, în lipsa unei definiții legale, apreciem că aceasta se referă la cheltuielile aferente procedurii, astfel cum acestea sunt descrise în principal în prevederile art. 39 din Codul insolvenței, ele incluzând și plata remunerațiilor administratorului judiciar, a lichidatorului judiciar, precum și a persoanelor de specialitate desemnate de aceștia sau de către judecătorul-sindic, astfel cum a statuat doctrina referitor la incidența Legii nr. 85/2006, aplicabilă și în noua legislație^[2].

Din analiza dispozițiilor legale menționate putem deduce că, pentru a se putea dispune închiderea procedurii, este necesar să fie îndeplinite în mod cumulativ următoarele trei condiții:

a) inexistența bunurilor în averea debitorului sau insuficiența acestora pentru acoperirea cheltuielilor administrative;

b) niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele necesare acoperirii cheltuielilor administrative; și

c) creditorii audiați într-o ședință de către judecătorul-sindic refuză să avanseze sumele necesare acoperirii cheltuielilor administrative sau nu se prezintă, deși au fost citați prin BPI.

Textul legal are aplicabilitate:

a) la închiderea procedurii simplificate deschise din cauza lipsei bunurilor, în sensul art. 38 alin. (2) lit. c) pct. 1 din Codul insolvenței;

b) la închiderea procedurii generale, în situația în care valoarea bunurilor identificate este insuficientă pentru acoperirea cheltuielilor administrative ale procedurii. Această a doua situație poate interveni fie în perioada de observație, fie în faliment.

Închiderea procedurii se va dispune de către judecătorul-sindic și în cazul în care bunurile din averea debitorului nu pot fi identificate faptic^[3], având în vedere că acestea echivalează cu lipsa bunurilor din averea debitorului.

^[1] În acest sens, în practica judiciară dezvoltată în temeiul Legii nr. 85/2006 s-a statuat că închiderea procedurii se fundamentează pe lipsa obiectului executării, în sensul că în ipoteza în care nu există bunuri valorificabile nu se întrevide utilitatea continuării procedurii, având în vedere scopul legii, și anume acoperirea pasivului debitorului – CA. București, s. a VI-a com., dec. nr. 602/2005, în I.I. Dolache, C.H. Mihăianu, Reorganizarea judiciară și falimentul. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 194.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, Legea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 740.

^[3] În acest sens, în practica judiciară, în mod judicios instanța de recurs a apreciat că soluția închiderii procedurii este legală și temeinică, deoarece lichidatorul și-a îndeplinit obligațiile, în sensul că a întreprins toate demersurile necesare identificării bunurilor în averea debitorului necesare continuării procedurii, fără ca aces-

Potrivit art. 2 din Codul insolvenței, scopul reglementării îl constituie acoperirea pasivului debitorului, dar evident că acest scop poate fi realizat doar în măsura în care debitorul este „solvabil” – are bunuri sau disponibilități bănești și poate plăti cel puțin cheltuielile de administrare ale procedurii. Beneficiarii sumelor plătite cu acest titlu devin practic tot creditori ai procedurii și ai debitorului, aceste creanțe urmând a fi plătite cu prioritate în procedură. Pe cale de consecință, dacă debitorul nu deține bunuri, atunci *scopul procedurii nu se mai poate realiza* și, în principiu, aceasta trebuie închisă în orice stadiu s-ar afla, nu înainte însă de a se da posibilitatea, neobligatorie pentru creditor, de a suporta cheltuielile necesare continuării procedurii.

Faptul că există posibilitatea legală a accesării *fondului special de lichidare* nu trebuie să conducă la concluzia că acesta ar trebui obligatoriu accesat, în orice situație de inexistență a bunurilor în patrimoniul debitorului, căci se impune accesarea sa cu prudență, mai ales în actualele condiții socio-economice și totodată, în condițiile în care nu există posibilitatea ca sumele avansate din acest fond să fie restituite ulterior din vânzarea bunurilor debitorului. Oricum, în cazul inexistenței bunurilor, tot din fondul special de lichidare se vor achita și cheltuielile efectuate până la momentul închiderii procedurii, constând în onorariul lichidatorului judiciar, cheltuielile administrative etc.

Așadar, în acord și cu alți autori^[1], considerăm că în situația în care au fost parcurse toate etapele prevăzute de lege cu privire la desfășurarea procedurii și se constată lipsa bunurilor în patrimoniul debitoarei, concomitent cu faptul neavansării sumelor de către creditori, procedura insolvenței se poate închide, deoarece omisiunea formulării acțiunii în antrenarea răspunderii patrimoniale a organelor de conducere nu poate determina respingerea cererii de închidere a procedurii insolvenței, atâta timp cât cei îndreptățiți să introducă acțiune nu au optat pentru promovarea acesteia.

Lipsa bunurilor în patrimoniul debitorului, fie și pentru acoperirea cheltuielilor administrative ale procedurii, justifică închiderea procedurii pentru lipsa obiectului lichidării în procedura falimentului, sau lipsa obiectului activităților debitorului în cadrul procedurii reorganizării. Despre intervenirea acestei situații, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar este în măsură, din prisma atribuțiilor ce îi revin, să sesizeze judecătorul-sindic.

27. În situația în care în averea debitorului există bunuri, judecătorul-sindic va trebui să cerceteze în mod obiectiv acest aspect, în sensul că se impune să se procedeze la o evaluare a bunurilor și la o estimare a cheltuielilor. Având în vedere faptul că debitorul poate dobândi bunuri și pe parcursul desfășurării procedurii, înseamnă că pentru a constata insuficiența bunurilor, judecătorul-sindic va trebui să cerceteze acest aspect, nu numai ulterior deschiderii procedurii, ci și pe tot parcursul acesteia. Pentru a constata îndeplinirea acestei condiții, judecătorul-sindic va trebui să fie informat cu privire la evaluarea scriptică și faptică a bunurilor, făcută de un specialist (expert evaluator), iar valoarea estimativă a acestora va trebui apoi raportată la cuantumul cheltuielilor administrative aferente procedurii. De asemenea, pentru a putea estima valoarea cheltuielilor administrative, judecătorul-sindic va trebui să aibă în vedere cuantumul și data

tea să poată fi identificate faptic, iar creditorii nu au oferit sumele corespunzătoare – CA. București, s. a VI-a com., dec. nr. 1645/2005, în I.I. Dolache, C.H. Mihăianu, op. cit., p. 196.

[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței – comentarii pe articole, Ed. Hamangiu, 2008.

exigibilității remunerațiilor fixate pentru administratorul judiciar, lichidatorul judiciar și chiar a persoanelor de specialitate desemnate.

Mai mult, apreciem că, pe parcursul reorganizării judiciare, judecătorul-sindic are obligația să utilizeze informațiile cuprinse în planul de reorganizare, precum și pe cele cuprinse în rapoartele trimestriale întocmite de către administratorul special sau, după caz, de către administratorul judiciar, în conformitate cu prevederile art. 144 Codul insolvenței. Dacă din coroborarea datelor menționate rezultă că valoarea cheltuielilor administrative depășește valoarea bunurilor din averea debitorului, condiția analizată este considerată îndeplinită.

Totodată, trebuie precizat că, în raport de prevederile art. 39 alin. (6) din Codul insolvenței, în scopul și în limitele necesare acoperirii cheltuielilor de procedură, administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar are obligația de a identifica bunurile valorificabile libere de sarcini, care nu sunt esențiale pentru reorganizare și de a proceda la *valorificarea de urgență a acestora*, la minim valoarea de evaluare stabilită de către un evaluator, oricând pe parcursul procedurii. Este de observat că, prin aceste noi prevederi, legiuitorul a introdus o obligație pentru administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, de a identifica și valorifica bunuri libere de sarcini, cu scopul exclusiv al susținerii cheltuielilor de procedură. De altfel, decizia de valorificare aparține integral practicianului în insolvență (putând fi contestată în termen de 3 zile de la publicarea în BPI a extrasului raportului care o menționează) până la desemnarea comitetului creditorilor, când decizia va fi luată de către acest organism. Bunurile trebuie să fie ori libere de sarcini, ori neesențiale pentru un eventual plan de reorganizare.

În practica judiciară întemeiată pe Legea nr. 85/2006, într-o speță dedusă judecătii^[1] judecătorul-sindic a respins cererea unui creditor privind continuarea procedurii insolvenței, dispunând închiderea procedurii și reținând că cererea acestuia a fost motivată în temeiul lipsei de diligență a lichidatorului în identificarea bunurilor debitoarei, arătând faptul că acest creditor doar *a indicat* faptul că nu s-au întreprins de către lichidatorul judiciar toate demersurile necesare pentru identificarea bunurilor debitoarei, fără să invoce *care ar putea fi* aceste demersuri sau să indice existența vreunui bun, despre care are cunoștință că s-ar găsi în patrimoniul societății debitoare și, chiar mai mult, creditorul a arătat că debitorul nu este înregistrat în evidențele sale ca titular de bunuri mobile sau imobile.

Soluția a fost menținută de instanța de recurs, care a reținut că la baza pronunțării sentinței primei instanțe a stat raportul administratorului judiciar, care nu a identificat bunuri aparținând debitorului, iar creditorii nu s-au oferit să avanseze sumele corespunzătoare acoperirii cheltuielilor administrative aferente procedurii. Mai mult, chiar creditoarea recurentă a comunicat, prin organele sale, că debitoarea nu figurează în evidențele sale cu bunuri mobile sau imobile supuse impozitării. Aceasta nu a indicat care ar fi probele din care rezultă că debitoarea ar avea bunuri în patrimoniu și nu s-a oferit nici în recurs să avanseze cheltuielile aferente continuării procedurii^[2].

Într-o altă speță^[3], dimpotrivă, s-a decis că trebuie respinsă cererea lichidatorului judiciar de închidere a procedurii pentru lipsă de bunuri și să se dispună continuarea procedurii, dacă se constată că acesta se face vinovat de *lipsă de diligență în maximizarea activului patrimoniului al debitoarei*, deoarece nu a întreprins toate măsurile pentru iden-

[1] Trib. Arad, sent. civ. nr. 1767/2004, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, s. com., dec. nr. 31/R din 17 ianuarie 2005, nepublicată.

[3] C.A. Suceava, s. com., dec. nr. 13 din 13 ianuarie 2005, nepublicată.

tificarea bunurilor ce ar putea fi valorificate, respectiv pentru readucerea în patrimoniul debitoarei a acelor bunuri ce au fost înstrăinate cu scopul vădit de a *frauda interesele celorlalți creditori*, pentru ca în final să se acopere pe cât posibil creanțele creditorilor înscrisi la masa credală.

28. Cât privește cea de-a doua cerință, aceasta are în vedere ipoteza în care unul sau mai mulți creditori, având interes în continuarea procedurii *nu se oferă să avanseze sumele de bani necesare acoperii cheltuielilor administrative* aferente stadiului în care se află procedura^[1].

Raportat la prevederile art. 174 alin. (1) din Codul insolvenței, creditorii pot lua cunoștință de inexistența bunurilor din averea debitorului sau insuficiența acestora pentru acoperirea cheltuielilor administrative în cadrul adunării creditorilor, convocată de către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, cu scopul de a solicita acestora avansarea sumelor necesare continuării procedurii. Totuși, nu este suficient ca niciunul dintre aceștia să nu se fi oferit să avanseze sumele necesare. Legea impune, în plus față de vechea reglementare, și necesitatea *audierii creditorilor* de către judecătorul-sindic într-o ședință. Dacă în cadrul acesteia, creditorii refuză să avanseze sumele sau nu se prezintă, deși au fost citați prin BPI, abia atunci se consideră îndeplinite condițiile de închidere a procedurii pentru situația analizată.

Deși audierea creditorilor nu este definită de către lege, considerăm că, în fapt, trebuie să se desfășoare ca o ședință de judecată în camera de consiliu, în cadrul căreia creditorii prezenți să fie întrebați dacă avansează sumele necesare, iar refuzul acestora de a avansa sumele sau absența acestora să fie consemnată într-o încheiere. Considerăm, de asemenea, că poziția exprimată în scris a creditorilor va trebui luată în considerare.

În literatura de specialitate, se face vorbire și despre *culpa creditorilor* care, deși, sunt informați de către practicianul în insolvență că în patrimoniul debitorului nu au fost identificate bunuri care, prin valorificare, să poată fi de natură a acoperi cel puțin cheltuielile curente ale procedurii, nu se oferă să avanseze nici măcar în parte aceste cheltuieli pentru a se putea continua de către practicianul în insolvență demersurile în vederea identificării de bunuri mobile sau imobile, conturi bancare etc., invocându-se posibilitatea accesării fondului special de lichidare constituit în temeiul art. 39 alin. (4) din Codul insolvenței [corespondentul art. 4 alin. (4) din Legea nr. 85/2006]^[2]. Aceste cheltuieli minime, notificări, taxe poștale etc., ar putea rezolva impasul în care s-ar afla derularea procedurii insolvenței la un moment dat și ar spori șansele de a se identifica eventuale bunuri ale debitorului, ceea ce ar fi în interesul tuturor participanților la procedură.

În ceea ce ne privește, apreciem că, în practică, avansarea de către un creditor a sumelor necesare acoperirii cheltuielilor administrative este o situație *puțin probabilă*, în primul rând pentru considerente ce țin de creșterea costurilor de recuperare. Cu toate acestea, apreciem că, deși nici legiuitorul Codului insolvenței nu a precizat în mod expres regimul juridic al unei asemenea creanțe, dacă o astfel de situație s-ar ivi în practică, creanța creditorului în cauză ar trebui să aibă însuși regimul juridic al cheltuielilor aferente procedurii, astfel încât aceasta să se afle pe poziția întâi în ordinea de distribuire

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 742.

[2] Art. 39 alin. (4): „În lipsa disponibilităților în contul debitorului, se va utiliza fondul de lichidare plățile urmând a fi făcute potrivit prevederilor Ordonanței de urgență a Guvernului nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, republicată, cu modificările și completările ulterioare, pe baza unui buget previzionat”.

prevăzută de art. 159 alin.(1) și art. 161 alin. (1) din Codul insolvenței. Cu alte cuvinte, creșterea costurilor de recuperare ar putea fi analizată de către creditorul interesat prin analiza corelativă a recuperării acestora pe prima linie de prioritate, în concurs cu onorariul practicianului în insolvență.

Cât privește pe administratorul judiciar sau pe lichidator, potrivit art. 58 alin. (1) lit. i) din Codul insolvenței, acesta are ca atribuție principală sesizarea de urgență a judecătorului-sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului, ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile de procedură^[1].

În acest caz, atribuțiile sale se restrâng în mod corespunzător la închiderea prematură a procedurii insolvenței, nefiind obligat să întocmească raportul final prevăzut de art. 167 din Codul insolvenței [corespondentul art. 131 alin. (2) din Legea nr. 85/2006]. Pe de altă parte, nici nu ar putea fi în măsură să întocmească un asemenea raport^[2], căci această atribuție a lichidatorului devine incidentă doar în cazul în care bunurile din averea debitorului au fost lichidate, când lichidatorul va supune judecătorului-sindic un raport final însoțit de situațiile financiare finale, iar copii de pe acestea vor fi comunicate tuturor creditorilor și debitorului prin publicarea în BPI. În această situație, judecătorul-sindic va trebui să dispună convocarea adunării creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la publicarea raportului final. Așadar, în cadrul insuficienței bunurilor debitorului, deci a închiderii procedurii în baza art. 174, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 167.

Pentru acest caz de închidere a procedurii, judecătorul-sindic va pronunța o sentință de închidere a procedurii, prin care se va dispune și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Legea franceză a insolvenței prevede închiderea procedurii pentru insuficiența elementelor de activ, arătând că este incident acest caz atunci când activele debitorului, precum și acțiunile și procedurile angajate în interesul debitorului sau al creditorilor, nu permit recuperarea, chiar și parțială, a creanțelor creditorilor. Altfel spus, sumele de bani care provin din valorificarea elementelor de activ și din exercițiul drepturilor încredințate lichidatorului sunt epuizate și nu se poate spera că resurse noi din partea debitorului vor putea face posibilă plata creanțelor exigibile.^[3]

În practica instanțelor din țara noastră, cazurile de închidere a procedurii pentru lipsa bunurilor în averea debitorului au reprezentat, sub imperiul Legii nr. 85/2006, *majoritatea* situațiilor cu care s-a confruntat judecătorii sindici. Uneori, judecătorii sindici au fost puși în situația de a constata că, deși teoretic ar exista posibilitatea aducerii la masa credală a unor sume ca urmare a executării sentinței prin care s-au anulat actele frauduloase efectuate de către debitor, întrucât în patrimoniul debitoarei nu există niciun fel de lichidități, nici măcar pentru cheltuielile de procedură și de executare, s-a ajuns la situația în care s-a dispus închiderea procedurii, după care a fost autorizat creditorul bugetar să pună în executare sentința menționată, pe cheltuiala sa și prin organele proprii de executare silită.

Este de discutat însă, dacă în acest caz, nu s-ar impune, totuși, avansarea cheltuielilor de executare din fondul de lichidare constituit potrivit art. 39 alin. (4) din Codul

^[1] C.A. Timișoara, dec. nr. 1416/R din 9 noiembrie 2009, nepublicată, cu referire la art. 20 alin. (1) lit. i) din Legea nr. 85/2006, corespondentul art. 58 alin. (1) lit. i) din Codul insolvenței.

^[2] C.A. Timișoara, decizia nr. 1420/R din 9 noiembrie 2009, nepublicată.

^[3] A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation*. 5^e éd., Ed. Litec, Paris, 2007, p. 245.

insolvenței [corespondentul art. 4 alin. (4) din Legea nr. 85/2006], pentru ca sumele readuse la masa credală să profite tuturor creditorilor.

Este de remarcat că, potrivit legislației germane în domeniu, cuprinsă în Codul insolvenței intrat în vigoare în anul 1994 (*Insolvenzordnung – InsO*), procedura nici nu poate fi deschisă decât dacă debitorul are mijloacele necesare pentru a acoperi cel puțin cheltuielile de procedură, modificare esențială față de vechea lege a falimentului german^[1]. Acestea includ cheltuielile de judecată, cheltuielile cu remunerarea și plata drepturilor pentru administratorul provizoriu și definitiv și pentru membrii comisiei de creditori, conform art. 26 și 54 din Codul insolvenței din Germania.

1.2. Cazurile prevăzute de art. 175

29. Articolul 175 alin. (1) din Codul insolvenței (corespondentul art. 132 alin. (1) din Legea nr. 85/2006) prevede că: „o procedură de reorganizare prin continuarea activității sau lichidare pe bază de plan va fi închisă, prin sentință, în urma îndeplinirii tuturor obligațiilor de plată asumate în planul confirmat, precum și plata creanțelor curente scadente. Dacă o procedură începe ca reorganizare, dar apoi devine faliment, aceasta va fi închisă potrivit art. 167”. Alineatul (2) al aceluiași articol prevede că: „o procedură de faliment va fi închisă atunci când judecătorul-sindic a aprobat raportul final, când toate fondurile sau bunurile din averea debitorului au fost distribuite și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă.”

Deși actuala reglementare nu mai prevede expres o astfel de consecință juridică (spre deosebire de ultima teză a art. 132 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 – „în urma unei cereri a lichidatorului, judecătorul-sindic va pronunța o sentință închizând procedura, iar în cazul persoanelor juridice dispunând și radierea acestora”), considerăm că, *mutatis mutandis*, procedura se va închide prin pronunțarea unei sentințe de închidere a procedurii și de *radiere a persoanelor juridice*, dispozițiile acestui articol urmând a se corobora cu teza finală a art. 174 alin. (1).

Textul legal ce constituie obiectul analizei noastre are în vedere închiderea procedurii în două ipoteze distincte, și anume:

- o primă ipoteză se referă la închiderea procedurii în etapa reorganizării judiciare, adică numai în cadrul procedurii generale;
- a doua ipoteză se referă la închiderea procedurii în etapa falimentului, fie în cadrul procedurii generale, fie în cadrul procedurii simplificate.

30. În prima ipoteză, și anume aceea a *închiderii procedurii în etapa reorganizării judiciare* [art. 175 alin. (1) din Codul insolvenței], se constată că aceasta poate avea loc numai în cadrul procedurii generale și constă în aceea că judecătorul-sindic va dispune prin sentință închiderea procedurii în situația în care planul de reorganizare judiciară a fost realizat, în sensul că toate obligațiile de plată asumate au fost îndeplinite în mod complet, iar creanțele curente scadente au fost achitate.

Totodată, pentru eliminarea oricărei confuzii, subliniem că această ipoteză are în vedere situația în care planul de reorganizare propus de cei îndreptățiți în condițiile art. 132 alin. (1) din Codul insolvenței a fost acceptat și confirmat de către judecătorul-sindic în condițiile art. 139 din același act normativ. Îndeplinirea unui asemenea plan și, ca element de noutate față de reglementările anterioare, *plata creanțelor curente*

^[1] R. Bork, *Einführung in das Insolvenzrecht*, ed. a IV-a, Schriftenreihe, 2005, p. 62.

ajunse la scadență, are semnificația acoperirii pasivului debitorului, astfel că, scopul legii fiind realizat, rămânerea deschisă a procedurii ar fi inutilă și lipsită de obiect^[1].

Considerăm că închiderea procedurii se impune și dacă, în ceea ce privește creanțele curente scadente, există o înțelegere între debitor și creditor de stabilire a unei alte scadențe, chiar dacă aceasta s-ar împlini după ce s-a achitat programul de plăți. Totuși, considerăm că se impune menționarea expresă a acestor aspecte convenite de către părți, în caz contrar urmând ca procedura să se încheie doar după ce noul termen de plată s-a împlinit, iar creanța a fost achitată.

Astfel, în urma confirmării unui plan de reorganizare, debitorul își va conduce activitatea sub supravegherea administratorului judiciar și în conformitate cu planul confirmat, până când judecătorul-sindic va dispune, motivat, fie încheierea procedurii insolvenței și luarea tuturor măsurilor pentru reinsertia debitorului în activitatea comercială (dacă obligațiile de plată asumate au fost îndeplinite), fie încetarea procedurii reorganizării și trecerea la faliment (dacă debitorul nu se conformează planului sau desfășurarea activității aduce pierderi averii sale)^[2].

Dacă o reorganizare judiciară s-a încheiat cu succes, judecătorul-sindic va constata îndeplinirea tuturor obligațiilor asumate în planul confirmat și va încheie procedura printr-o sentință^[3], iar debitorul redevine o întreprindere normală. Personalitatea juridică a debitorului se păstrează, întrucât reorganizarea chiar a avut ca scop supraviețuirea debitorului. Debitorul, într-un termen de 5 ani ulterior, nu va mai putea face însă o nouă cerere de reorganizare, iar modificările aduse prin plan creanțelor anterioare deschiderii procedurii sunt ireversibile.

31. Cea de-a doua ipoteză, a închiderii procedurii în etapa falimentului, poate avea loc în următoarele două situații:

a) în cadrul procedurii generale, când fie nu s-a propus/votat/confirmat un plan de reorganizare, fie s-a trecut de la procedura reorganizării la procedura falimentului, în condițiile art. 145 alin. (1) lit. C) din Codul insolvenței, atunci când obligațiile de plată și celelalte sarcini asumate nu sunt îndeplinite în condițiile stipulate în planul de reorganizare confirmat atunci când desfășurarea reorganizării aduce pierderi averii debitorului sau când au apărut noi datorii peste valoarea-prag, restante.

b) în cadrul procedurii simplificate, când debitorul a intrat direct în procedura falimentului.

În ambele situații ale celei de-a doua ipoteze analizate, închiderea procedurii va avea loc atunci când, urmare a lichidării tuturor bunurilor din averea debitorului, judecătorul-sindic a aprobat raportul final în condițiile art. 167 alin. (2) din Codul insolvenței, când toate fondurile sau bunurile din averea debitorului au fost distribuite și când fondurile nereclamate au fost depuse la bancă în condițiile art. 168 din lege^[4].

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 744.

^[2] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 745.

^[3] St.D. Cărpenaru, V. Nemes, M.A. Hotca, op. cit., p. 413.

^[4] În practica judiciară, în mod judicios s-a statuat că în ipoteza în care judecătorul-sindic a dispus închiderea procedurii în temeiul art. 131 alin. (2) din Legea nr. 64/1995 [art. 175 alin. (2) din Legea nr. 85/2014], fără ca raportul final întocmit de către lichidator să fie comunicat tuturor creditorilor și debitorului și afișate la ușa instanței, au fost încălcate condițiile imperativ prevăzute de art. 128 alin. (1) din Legea nr. 64/1995 [art. 167 alin. (1) din Legea nr. 85/2014], ceea ce determină casarea hotărârii și trimiterea cauzei primei instanțe în vederea continuării procedurii falimentului – CA. București, s. a VI-a com., dec. nr. 470/R/2005 în I.I. Dolache, CM. Mihăianu, op. cit., p. 208.

În ceea ce privește *distribuirea bunurilor*, legiuitorul introduce, față de vechea reglementare, o nouă prevedere în care clarifică regimul aplicabil unei astfel de distribuii. În acest sens, se prevede că bunurile vor putea fi distribuite creditorilor în contul creanțelor deținute împotriva averii debitorului în următoarele condiții:

- creditorul către care se face distribuirea propune în mod expres o astfel de modalitate de acoperire a creanței sale – propunerea trebuie făcută în timpul procedurilor de valorificare a activelor, în conformitate cu prevederile art. 154-158 și cu cele ale regulamentelor de vânzare.

- creditorul către care se face distribuirea achită toate sumele ce ar fi fost datorate creditorilor aflați pe o ordine superioară de prioritate, precum și, în mod corespunzător, celor de pe aceeași ordine de prioritate, potrivit prevederilor art. 159 și 161 din lege. Textul de lege clarifică regimul aplicabil acestor obligații, suma de bani ce trebuie achitată de către creditor fiind calculată *ca și cum bunul ar fi fost vândut către un terț*. În cazul în care se vor înregistra mai multe solicitări, bunul se va distribui creditorului care oferă prețul cel mai mare, urmând ca suma deținută cu titlu de creanță să fie scăzută din prețul datorat.

- valoarea de achiziție a bunului este cel puțin egală cu valoarea stabilită prin raportul de evaluare. Aceasta înseamnă că un creditor nu poate pretinde distribuirea unui bun în contul creanței sale decât dacă oferă cel puțin prețul stabilit prin raportul de evaluare.

32. Concluzionând, putem afirma că art. 175 alin. (1) Codul insolvenței prevede că o procedură de reorganizare prin continuarea activității sau lichidare pe bază de plan va fi închisă în urma îndeplinirii tuturor obligațiilor de plată asumate în planul confirmat și a creanțelor născute în timpul procedurii și ajunse la scadență.

În legătură cu situația de închidere a procedurii prevăzută de art. 175 alin. (2) din Codul insolvenței [corespondentul art. 132 alin. (2) din Legea nr. 85/2006], în practica judiciară formată în temeiul aplicării Legii nr. 85/2006^[1], s-a reținut că în mod neînțemeiat s-a solicitat închiderea procedurii în baza acestui articol, constatându-se că toate fondurile din averea debitorului au fost distribuite, căci, în speță, ar fi existat posibilitatea suplimentării acestor fonduri dacă lichidatorul judiciar ar fi întreprins toate măsurile prevăzute de lege în sarcina sa.

Astfel, s-a reținut că lichidatorul judiciar se face vinovat de lipsa depunerii de diligențe suficiente în recuperarea creanțelor, deoarece nu a atacat cu o acțiune în anulare actele frauduloase încheiate de debitor cu un terț în dauna drepturilor creditorilor^[2], nu a notificat planul de distribuire final către creditori și nu a convocat ședința adunării creditorilor necesară în vederea discutării, adoptării planului ori pentru a formula și a discuta eventuale contestații la planul final de distribuire^[3].

Tot în practica judiciară anterioară s-a statuat că, atunci când debitoarea și-a achitat creanțele pe parcursul procedurii falimentului, atât față de creditoarea care a solicitat deschiderea procedurii, cât și față de bugetul general consolidat al statului, respectiv față de creditorii bugetari, în condițiile în care nu există alți creditori care s-au înscris la masa credală, judecătorul-sindic va pronunța o hotărâre prin care va dispune *închiderea*

[1] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 826/R din 13 octombrie 2008, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 237/R din 17 martie 2008, nepublicată.

[3] C.A. București, s. a VI-a com., dec. nr. 155 din 15 februarie 2005, nepublicată.

procedurii insolvenței, revocarea încheierii de deschidere a procedurii și continuarea activității acesteia^[1].

Considerăm că în mod greșit în astfel de situații nu se dispune și *radierea societății*, iar, pe de altă parte, posibilitatea revocării hotărârii de deschidere a procedurii, deși nu mai este prevăzută în cadrul art. 178 din Codul insolvenței, era prevăzută în teza finală a art. 134 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, însă numai pentru perioada de observație.

Soluții corecte de aplicare a dispozițiilor art. 134 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 au fost confirmate în practica judiciară^[2], când judecătorul-sindic, în mod corect, a constatat că pe parcursul administrării procedurii insolvenței s-au achitat toate creanțele declarate de către creditor, astfel încât se impune închiderea procedurii insolvenței întrucât nu mai apare ca justificată trecerea în faliment a debitoarei, lichidarea patrimoniului acesteia, dizolvarea și radierea debitoarei.

1.3. Cazul prevăzut de art. 176

33. Articolul 176 din Codul insolvenței prevede următoarele: „Dacă creanțele au fost complet acoperite prin distribuirile făcute, judecătorul-sindic va pronunța o sentință de închidere a procedurii falimentului și de radiere a debitorului din registrul în care este înmatriculat:

a) chiar înainte ca bunurile din averea debitorului să fi fost lichidate în întregime, în cazul în care toți asociații persoanei juridice sau persoana fizică, după caz, solicită acest lucru în termen de 30 de zile de la notificarea lichidatorului judiciar făcută administratorului special, urmând ca bunurile să treacă în coproprietatea asociaților/acționarilor, corespunzător cotelor de participare la capitalul social;

b) în toate celelalte cazuri, procedura se închide numai după lichidarea completă a activului, eventualele sume reziduale ultimei distribuiți urmând a fi depuse într-un cont la dispoziția asociaților sau persoanei fizice, după caz.

c) dacă după acoperirea tuturor creanțelor, închiderea procedurii și radierea debitorului din registrele în care acesta a fost înmatriculat, au fost identificate bunuri în patrimoniu care nu au fost cunoscute în timpul procedurii de insolvență, acestea vor intra de drept în patrimoniul asociaților”.

Textul art. 176 are în vedere situația *închiderii procedurii în etapa falimentului*, fie în procedură generală, fie în procedură simplificată, în cazul în care toate creanțele înregistrate în tabelul definitiv consolidat au fost acoperite în întregime ca urmare a distribuiți sumelor rezultate din lichidare, distribuiți efectuate în ordinea prevăzută de lege.

Se poate observa că legiuitorul nu face niciun fel de distincție între creanțele înregistrate în termen sau tardiv, creanțele pure și simple sau sub condiție, creanțele scadente sau nescadente, referința fiind făcută numai la acoperirea completă a acestora.

De aceea, apreciem că închiderea procedurii în baza prevederilor art. 176 din Codul insolvenței are în vedere creanțele mai sus menționate^[3], inclusiv creanțele afectate de modalitatea condiției suspensive, însă în cazul acestei din urmă categorii de creanțe, sumele cuvenite vor fi păstrate la bancă într-un cont special de depozit până în momentul

[1] Trib. Vrancea, sent. com. nr. 51 din 14 februarie 2007, în U.N.P.I.R., Culegere de practică judiciară – vol. III. Procedura insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 398.

[2] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 826/R din data de 13 octombrie 2008, nepublicată.

[3] Exceptând, în opinia noastră, creanțele tardive, întrucât sancțiunea care operează în cazul acestora este pierderea a însuși dreptului de creanță.

în care situația lor juridică (îndeplinirea sau neîndeplinirea evenimentului prevăzut în condiție) va fi lămurită, așa cum prevede art. 166 din Codul insolvenței.

34. Închiderea procedurii falimentului în situația prevăzută de art. 176 poate interveni în trei ipoteze:

– prima ipoteză are în vedere *închiderea procedurii chiar înainte de lichidarea tuturor bunurilor* din averea debitorului, însă numai în cazul în care toți asociații/acționarii debitorului persoană juridică sau însuși debitorul persoană fizică, după caz, solicită acest lucru într-un termen de 30 de zile de la data primirii notificării adresate de către lichidatorul judiciar administratorului special al debitorului persoană juridică sau debitorului persoană fizică.

Așadar, această ipoteză se referă la situația în care toate creanțele creditorilor au fost acoperite numai prin lichidarea unei părți din bunurile care compun averea debitorului, astfel că, deși bunurile din averea debitorului nu au fost lichidate în totalitate, menținerea deschisă a procedurii nu se mai justifică atât timp cât scopul procedurii insolvenței – acoperirea pasivului debitorului insolvent – a fost pe deplin realizat^[1].

Bunurile rămase nelichidate, având în vedere că persoana juridică este dizolvată, vor reveni asociaților/acționarilor în regim de coproprietate. Ca atare, urmare a nelichidării tuturor bunurilor din averea debitorului persoană juridică, asociații/acționarii vor deveni, prin efectul închiderii procedurii, coproprietari asupra bunurilor rămase în urma lichidării.

Astfel, într-o speță^[2], s-a dispus închiderea procedurii insolvenței constatându-se achitarea integrală a creanțelor și în același timp, radierea singurului creditor rămas în procedură. În cauză, pe parcursul derulării procedurii au fost achitate toate creanțele, rămânând un singur creditor, care la rândul său, aflându-se în procedura falimentului, a fost radiat din registrul comerțului, astfel că nu mai are personalitate juridică și nu mai este titularul dreptului de creanță.

În raport de faptul că în patrimoniul debitoarei, după achitarea creanțelor, au rămas bunuri nevalorificate, judecătorul-sindic a făcut aplicarea art. 133 lit. a) din Legea nr. 85/2006 [corespondentul art. 176 lit. a) din Codul insolvenței], potrivit căruia, dacă creanțele sunt complet acoperite prin distribuiri făcute, se va pronunța o sentință de închidere a procedurii și de radiere a debitoarei din registrul comerțului în care este înmatriculată, chiar înainte ca bunurile sale să fi fost integral lichidate, urmând ca bunurile rămase să treacă în coproprietatea asociaților corespunzător cotelor de participare la capitalul social^[3].

– a doua ipoteză are în vedere *închiderea procedurii numai după lichidarea completă a activului*. Așadar, această ipoteză se referă la situația în care creanțele înregistrate în tabelul definitiv consolidat sunt integral acoperite însă, spre deosebire de ipoteza mai sus menționată, prin lichidarea tuturor bunurilor ce compun averea debitorului. Cu toate că au fost lichidate integral bunurile din averea debitorului, este posibil ca, urmare a distribuirii finale prin care s-au acoperit integral creanțele creditorilor, să mai rămână sume de bani disponibile, denumite de către legiuitor „*sume reziduale*”. Acestea vor fi

^[1] În practica judiciară, în mod corect s-a reținut că în condițiile în care nu au fost achitate creanțele tuturor creditorilor și judecătorul-sindic a dispus închiderea procedurii, se impune casarea hotărârii și trimiterea cauzei primei instanțe în vederea continuării procedurii, CA. București, s. a VI-a com., dec. nr. 268/R/2005 în I.I. Dolache, C.H. Mihăianu, op. cit., p. 212.

^[2] Trib. București, s. a VII-a com., sent. nr. 303 din 21 august 2007, nepublicată.

^[3] U.N.P.I.R., op. cit., p. 394-395.

depuse de către lichidator într-un cont care va fi la dispoziția asociaților/acționarilor debitorului persoană juridică sau la dispoziția debitorului persoană fizică, după caz.

– cea de-a treia ipoteză se referă la cazul în care, după acoperirea tuturor creanțelor, închiderea procedurii și radierea debitorului din registrele în care acesta a fost înmatriculat, au fost identificate bunuri în patrimoniu care nu au fost cunoscute în timpul procedurii de insolvență; acestea vor intra de drept în patrimoniul asociaților.

35. Astfel, în *prima ipoteză* reglementată de textul normativ analizat, închiderea procedurii are loc dacă creanțele au fost complet acoperite prin distribuiri făcute, chiar înainte ca bunurile din averea debitorului să fi fost lichidate în întregime, în cazul în care toți asociații persoanei juridice sau persoana fizică, după caz, solicită acest lucru în 30 de zile de la notificarea lichidatorului făcută administratorului special. Acest caz intervine numai în perioada falimentului, având ca efecte principale faptul că bunurile rămase în averea debitorului trec în coproprietatea asociaților/acționarilor în cote egale cu cotele de participare la capitalul social, precum și faptul radierii debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Bunurile respective trec la acționari în coproprietatea acestora, la cerere^[1]. În lipsa unei astfel de cereri, procedura de lichidare va continua și sumele rezultate se vor depune într-un cont, deschis la dispoziția asociaților/acționarilor [art. 176 lit. b)].

Partajul între acționari al acestor bunuri rămâne o problemă nesoluționată în lege, așa cum, de altfel, acest partaj este nesoluționat în Legea nr. 31/1990 privind societățile, pentru cazul în care, în urma lichidării, rămâne un surplus de bunuri sau fonduri care ar urma să fie repartizat asociaților. Unele soluții doctrinare și jurisprudențiale aferente lichidării voluntare sunt aplicabile prin analogie și situației prevăzute de art. 176 lit. a) din Codul insolvenței, astfel cum am argumentat anterior. Chiar dacă scopul procedurii este acoperirea creanțelor, organele procedurii au îndatorirea de a nu prejudicia drepturile patrimoniale ale asociaților/acționarilor debitorului falit prin efectuarea de acte de lichidare. Acesta este unul dintre motivele pentru care acționarii au dreptul de a se opune prin căi de atac închiderii procedurii, în condițiile în care se consideră prejudiciată prin modul în care s-a derulat procedura.

Considerăm astfel că, prin ordinea instituită de art. 176, Codul insolvenței acordă prioritate atribuirii către asociați/acționari, la cererea acestora, a dreptului de proprietate asupra bunurilor mobile și imobile, lichidarea completă a activului și atribuirea către asociați/acționari a sumelor reziduale fiind ultima soluție.

Apreciem că titlul de proprietate al asociaților sau acționarilor va fi constituit, în această ipoteză, de hotărârea de închidere a procedurii, care va trebui să conțină în dispozitivul său mențiuni exprese în acest sens.

36. A *doua ipoteză* a textului normativ analizat vizează situația în care creanțele au fost complet acoperite prin distribuiri făcute, în cazul în care prima ipoteză nu este îndeplinită, situație în care are loc lichidarea completă a activului debitorului, eventualele *sume reziduale* ultimei distribuiri urmând a fi depuse într-un cont la dispoziția asociaților sau persoanei fizice, după caz.

Așa cum s-a arătat, Codul insolvenței fixează ca scop al procedurii acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență și salvarea debitorului viabil (art. 2). Dar dezideratul acoperirii creanțelor contra debitorului nu constituie numai un scop al procedurii, ci și

[1] I. Turcu, op. cit., p. 540.

o limită a acesteia, astfel că procedura poate continua exclusiv până la acoperirea creanțelor înscrise în tabelul definitiv consolidat. Creanțele respinse ca tardive, precum și creanțele sub condiție, dacă aceasta nu s-a îndeplinit până la închiderea procedurii, nu mai participă la procedură.

Procedura nu poate fi menținută în vigoare doar pentru a se aștepta consolidarea creanțelor condiționate. O lichidare de active din patrimoniul falitului efectuată după ce, din lichidările precedente, s-a acoperit integral valoarea masei credale, la care se adaugă cheltuielile de procedură în sens larg, este și nelegală și lipsită de sens. Lichidarea nu este un scop în sine.

Creanțele admise numai provizoriu, precum și creanțele nescadente, creanțele sub condiție sau creanțele contestate, care pot fi trecute pe tabel cu titlu de creanțe admise provizoriu, beneficiază de dreptul la *provizionarea unor sume rezultate din lichidare*. În urma efectuării actelor de lichidare, conform art. 165 pct. 1 și 3 din Codul insolvenței, se impune, cu ocazia distribuirii parțiale, provizionarea sumelor cuvenite creanțelor supuse unei condiții suspensive care nu s-a realizat încă sau creanțelor admise provizoriu, până la lămurirea situației acestor creanțe (de exemplu, soluționarea definitivă a contestației împotriva unor creanțe) sau până la consolidarea lor. Dacă, la momentul raportului final și, respectiv, al distribuției finale, există creanțe aflate încă sub condiție, acestea nu vor participa la ultima distribuție de fonduri [art. 167 alin. (3) din Codul insolvenței]. Întrucât o creanță contestată și, eventual, trecută pe tabel cu titlu provizoriu este, practic, o creanță aflată sub condiție, înseamnă că urmează a i se aplica același regim juridic.

37. Cea de-a treia ipoteză se referă la cazul în care, după acoperirea tuturor creanțelor, închiderea procedurii și radierea debitorului din registrele în care acesta a fost înmatriculat, au fost identificate bunuri în patrimoniu care *nu au fost cunoscute* în timpul procedurii de insolvență; acestea vor intra de drept în patrimoniul asociaților. Această prevedere este nouă față de reglementarea Legii nr. 85/2006 și are în vedere situația în care, după închiderea procedurii și radierea debitorului, se identifică bunuri necunoscute în patrimoniu. Pentru ca atribuirea acestora să se facă de drept către asociați, este necesar ca toate creanțele aferente procedurii să fi fost integral achitate, înainte de închiderea procedurii.

Apreciem că titlul de proprietate al asociaților sau acționarilor va fi constituit, în această ipoteză, atât de raportul final întocmit conform prevederilor art. 167 din Codul insolvenței (întrucât raportul final menționează și bunurile identificate și valorificate în timpul procedurii), cât și de hotărârea de închidere a procedurii.

Acest caz de închidere poate interveni numai în perioada falimentului, iar finalizarea procedurii se va realiza prin sentință de închidere a procedurii, prin aceasta urmând a se dispune și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Astfel, în practică^[1] s-a statuat că închiderea procedurii de faliment are drept consecință radierea debitorului, chiar dacă pasivul a fost în integralitate acoperit și chiar dacă atât debitorul, cât și creditorii solicită închiderea procedurii fără radierea acestuia pentru rațiuni de menținere a societății debitoare în circuitul comercial.

^[1] Trib. București, s. a VII-a com., sent. nr. 1885 din 1 septembrie 2006.

1.4. Cazul prevăzut de art. 177

38. Art. 177 din Codul insolvenței prevede că: „în cazul procedurii deschise în urma formulării cererii introductive de către debitor, în condițiile art. 71 din lege, dacă judecătorul-sindic constată, la expirarea termenului pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor, că nu s-a depus nicio cerere, va pronunța o sentință de închidere a procedurii”. Alineatul (2) al aceluiași articol prevede că în cazul prevăzut la alineatul precedent, „închiderea procedurii nu produce efectele prevăzute la art. 176. Cu toate acestea, operațiunile de administrare, legal făcute asupra averii debitorului, își vor produce efectele, iar drepturile dobândite până la revocare rămân neatinse”.

Prevederile art. 177 din Codul insolvenței reglementează închiderea procedurii în situația în care judecătorul-sindic constată că termenul pentru a înregistrarea creanțelor a expirat, fără a fi depusă nicio cerere de admitere în acest sens.

Ipoieza prevăzută de art. 177 se referă, practic, la situația în care, urmare a formulării unei cereri introductive de către debitor, în condițiile art. 71, judecătorul-sindic, găsind cererea întemeiată, a dispus prin încheiere deschiderea procedurii și, ulterior, constatând că nu a fost înregistrată nicio cerere de admitere a creanțelor în interiorul termenului indicat de către însuși judecătorul-sindic în notificarea adresată, după caz, de către administratorul judiciar sau de către lichidator, dispune prin sentință închiderea procedurii.

Se impune să facem sublinierea că închiderea procedurii în ipoteza reglementată de prevederile art. 177 din Codul insolvenței are loc indiferent de forma procedurii care a fost deschisă ca urmare a cererii introductive formulate de către debitor^[1], astfel că închiderea procedurii în ipoteza prevăzută de textul de lege analizat se poate pronunța de către judecătorul-sindic, atât în cazul în care a fost deschisă procedura generală, cât și în cazul în care a fost deschisă procedura simplificată.

O altă precizare care se impune a fi făcută este aceea că, în privința *creanțelor salariale*, creditorii debitorului nu sunt obligați să depună cereri de admitere a creanțelor în tabel, deoarece, în conformitate cu prevederile art. 5 pct. 18 coroborate cu cele ale art. 102 alin. (1) din Codul insolvenței, aceste creanțe se vor înregistra din oficiu în tabelul de creanțe de către administratorul judiciar sau de către lichidator, după caz. Dat fiind acest fapt, înseamnă că judecătorul-sindic, înainte de a pronunța închiderea procedurii în temeiul prevederilor art. 177, va trebui să solicite administratorului judiciar/lichidatorului verificarea în documentele angajaților debitorului în cauză dacă salariile acestora anterioare deschiderii procedurii sunt achitate.

Față de eliminarea tezei finale a art. 134 alin. (1) din Legea nr. 85/2005, și anume „*va pronunța o sentință (...) de revocare a hotărârii de deschidere a procedurii*”, se ridică problema dacă închiderea procedurii în baza art. 177 alin. (1) are sau nu efectul de „*trecere*” prin procedura insolvenței, adică, în concret, dacă se poate sau nu considera că debitorul ar fi beneficiat de efectele procedurii și, pe cale de consecință, nu i se aplică restricția de a nu putea să depună un plan de reorganizare în următorii cinci ani ulteriori respectivei sentințe de închidere a procedurii.

În opinia noastră, eliminarea termenului de „*revocare*”, și menținerea doar a celui de „*închidere*” fundamentează consecința păstrării efectelor dintre deschiderea procedurii și închiderea acesteia, cu alte cuvinte debitorul se consideră că s-a aflat sub incidența

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 749.

procedurii de insolvență. De asemenea, potrivit art. 177 alin. (2), se menționează și faptul că operațiunile de administrare, legal făcute asupra averii debitorului, își vor produce efectele, iar drepturile dobândite până la închiderea procedurii rămân neatinse.

39. O altă problemă interesantă, nerezolvată expres de textul noii reglementări, vizează și situația în care *un singur creditor* formulează cererea de admitere a creanțelor în termenul stabilit prin hotărârea de deschidere a procedurii.

Astfel, în practica judiciară formată în temeiul Legii nr. 85/2006, unele instanțe^[1] au decis că, dacă la expirarea termenului pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor, împotriva averii debitorului nu s-au formulat alte cereri decât cererea inițiată de creditorul declanșator, hotărârea de deschidere a procedurii urmează a fi revocată^[2], judecătorul-sindic fiind îndreptățit a pronunța sentința de închidere a acesteia, pe considerentul că, în situația analizată, creditorul poate exercita procedura execuțională silită individuală.

Avem rezerve față de această opinie, apreciind că dispozițiile legale analizate se vor aplica și în situația în care un singur creditor formulează cererea de admitere a creanței sale, cu atât mai mult cu cât legiuitorul nu a prevăzut un asemenea caz de închidere, iar cazurile de închidere a procedurii insolvenței sunt prevăzute expres și limitativ de lege.

Pe de altă parte, din interpretarea *per a contrario* a prevederilor art. 177 din Codul insolvenței rezultă aceeași idee arătată mai sus. Astfel, textul legal prevede că, dacă judecătorul-sindic constată, la expirarea termenului pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor, că nu s-a depus nicio cerere de către creditor, în cazul unei cereri formulate de debitor pentru deschiderea procedurii, se va dispune închiderea procedurii, ceea ce înseamnă că dacă s-a depus o singură cerere de către un creditor, procedura nu va putea fi închisă.

Acest caz de închidere a procedurii se regăsește și în Legea franceză a insolvenței, fiind prevăzută posibilitatea închiderii procedurii din cauza insuficienței elementelor de pasiv – art. 643 din Legea franceză a insolvenței – și care se referă la situațiile în care nu mai există pasiv exigibil, respectiv au fost achitate creanțele declarate de către creditor sau creanțele nu mai sunt exigibile, deoarece un creditor a consimțit asupra unui termen de amânare a scadenței de plată și, astfel, se consideră că acesta a renunțat la exigibilitatea creanței sale^[3] – art. 643 alin. (1) din Legea franceză a insolvenței.

În practica judiciară formată în temeiul Legii nr. 85/2006, aceste situații au fost rar întâlnite și s-au aplicat doar în două cazuri.

Astfel, prima situație este incidentă atunci când debitorul era deja în dizolvare de drept potrivit dispozițiilor art. 2 din Legea nr. 314/2001, după care este numit un lichidator pentru lichidarea patrimoniului debitoare și radierea acesteia din registrul comerțului, însă se constată că la expirarea termenului pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor, cu toate că lichidatorul judiciar a notificat din oficiu Primăria de la sediul debitorului, Direcția de Venituri, Inspectoratul Teritorial de Muncă și restul creditorilor bugetari care ar putea avea creanțe împotriva debitoare, nu s-a înregistrat nicio decla-

[1] Trib. com. Cluj, sent. nr. 143 din 26 ianuarie 2005, nepublicată.

[2] Conform dispozițiilor art. 134 alin. (1) ultima teză din Legea nr. 85/2006, care prevedea termenul de „revocare” a hotărârii de deschidere a procedurii.

[3] A. Jacquemont, op. cit., p. 247.

rație de creanță, astfel că se constată incidența art. 134 din Legea nr. 85/2006 (actualul art. 177 din Codul insolvenței)^[1].

În astfel de cazuri se dispune închiderea procedurii, însă, constatându-se că debitorul era deja în stare de dizolvare și deci nu se putea reveni la starea de funcționare a acesteia, se dispune și radierea debitoarei din registrul comerțului.

Opinăm în sensul că această rezolvare jurisprudențială a fost eronată, deoarece art. 134 din Legea nr. 85/2006 prevedea în mod imperativ că, atunci când se constată incidența acestui caz de închidere a procedurii, judecătorul-sindic va pronunța o sentință de închidere a procedurii și de *revocare* a hotărârii de deschidere a procedurii. Astfel, chiar dacă era îndeplinită prima cerință, respectiv constatarea faptului că nu s-a depus nicio declarație de creanță din partea creditorilor, cea de-a doua cerință, și anume revinerea la starea de funcționare, nu mai era posibilă. Pe de altă parte, considerăm că acest text normativ nici nu putea fi aplicabil spețelor de acest gen deduse judecății.

O altă situație în care s-ar putea constata că niciun creditor nu a depus declarație de creanță, în cazul cererii de declanșare a procedurii formulată de debitor, este aceea în care debitorul a formulat cererea cu rea-credință sau creditorii, deși notificați, nu au fost interesați de posibilitatea dispariției debitorului ca entitate juridică, pentru propriile considerente sau motivații, fie și pentru speranța de a urmări individual, la un moment dat, debitorul. Însă, în privința executării individuale a creanței proprii, conform Codului de procedură civilă, opinăm în sensul în care aceasta *nu ar mai putea fi începută sau continuată* după data închiderii procedurii în temeiul art. 177 din Codul insolvenței. Această întrucât, în raport de dispozițiile art. 114 alin. (1), creditorul care nu și-a depus declarație de creanță este decăzut din dreptul de a mai participa la procedură. De asemenea, în raport de teza finală a acestui alineat, creditorul nu va mai avea dreptul de a-și realiza creanțele împotriva debitorului și după închiderea procedurii, cu excepția situației în care debitorul a fost condamnat pentru bancrută simplă sau frauduloasă ori i s-a stabilit răspunderea pentru efectuarea de plăți ori transferuri frauduloase.

1.5. Cazul prevăzut de art. 178

40. Articolul 178 din Codul insolvenței prevede că: „dacă toți creditorii înscrși în tabelul definitiv al creanțelor primesc sumele ce li se datorează în perioada de observație sau renunță la judecată în perioada de observație, judecătorul-sindic va dispune închiderea procedurii, fără a dispune radierea debitorului din registrul în care este înregistrat”.

Această reglementare este nouă față de prevederile anterioare, dar nu este, însă, o noutate ca soluție juridică, fiind un rezultat al practicii judiciare născute sub imperiul Legii nr. 64/1995 sau Legii nr. 85/2006.

Astfel, printr-o sentință pronunțată de judecătorul-sindic^[2], s-a luat act de renunțarea la judecată a creditorului care a solicitat deschiderea procedurii în ceea ce privește contestația la tabelul preliminar al creanțelor și de renunțarea la judecată a creditoarei majoritare – o unitate bancară, a fost închisă procedura insolvenței deschisă împotriva debitoarei și s-a dispus radierea acesteia din registrul comerțului, având în vedere acoperirea integrală a pasivului.

Împotriva acestei sentințe, în ceea ce privește soluția radierii, au declarat recurs administratorul judiciar, creditorul majoritar și debitorul.

^[1] C.A. Timișoara, dec. nr. 544 din 21 martie 2011, nepublicată.

^[2] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 600/2007, nepublicată.

S-au invocat prevederile art. 302¹, 304 pct. 6, art. 304¹ și 312 CPC [din 1865 (s.n)], cu motivarea, în esență, că au fost achitați toți creditorii procedurii, inclusiv cheltuielile de judecată și de procedură, cu excepția creditorului majoritar, care însă a depus un act de renunțare la judecată, prin care a precizat că, în măsura în care toți ceilalți creditori sunt achitați prin procedură, renunță la a mai solicita în cadrul procedurii insolvenței creanța, intenția sa fiind de a-și derula în continuare relațiile bancare cu debitoarea. Astfel, banca a renunțat la judecată, iar nu la dreptul său de a-și recupera creanța.

În această situație procedura insolvenței și-a îndeplinit scopul prevăzut la art. 2 din Legea nr. 85/2006.

S-a apreciat că în speță nu sunt îndeplinite condițiile art. 133, întrucât bunurile din averea debitorului nu au fost lichidate, iar asociații, deși au solicitat închiderea procedurii, nu sunt de acord cu radierea și trecerea bunurilor în proprietatea lor, iar, pe de altă parte, lichidarea completă nu mai este posibilă în condițiile în care, dându-se eficiență principiului disponibilității, trebuie să se ia act de renunțarea unicului creditor neîndeslul la judecată, în temeiul art. 246 CPC [din 1865 (s.n)].

Instanța de recurs a admis recursurile și, în consecință, a dispus modificarea în parte a hotărârii atacate în sensul că a înlăturat măsurile închiderii procedurii insolvenței și a radierii societății debitoare din registrul comerțului.

Al treilea membru al completului de judecată a formulat *opinie separată* în sensul admiterii recursurilor administratorului judiciar și al debitoarei cu consecința casării hotărârii atacate și trimiterea cauzei spre rejudicare aceleiași instanțe și respingerea recursului creditoarei majoritare ca nefondat, cu următoarele considerente:

Textul art. 133 avea în vedere situația închiderii procedurii de insolvență numai în două ipoteze:

- chiar înainte de lichidarea tuturor bunurilor din averea debitorului, însă numai în condițiile în care toți asociații/acționarii debitorului persoană juridică sau însăși debitorul persoană fizică, după caz, solicită acest lucru într-un termen de 30 de zile de la data primirii notificării adresate de lichidator administratorului special al debitorului persoană juridică sau debitorului persoană juridică.

- numai după lichidarea completă a bunurilor din averea debitorului, indiferent dacă creanțele creditorilor au fost sau nu acoperite în totalitate, eventualele sume reziduale ultimei distribuirii urmând a fi depuse într-un cont la dispoziția asociaților sau persoanei fizice, după caz, și în această situație dispunându-se radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

În speță, niciunul dintre aceste două cazuri nu este incident.

În aceste condiții, s-a considerat că singura soluție legală ce se impunea a fi luată în cauză era cea a admiterii recursurilor și casarea sentinței judecătorului-sindic cu consecința trimiterii cauzei spre rejudicare în vederea continuării administrării procedurii de insolvență și, fie lichidarea completă a activului debitoarei, fie, la solicitarea asociaților acesteia, trecerea activelor în proprietatea lor indiviză, și abia ulterior închiderea procedurii insolvenței în temeiul art. 133 din Legea nr. 85/2006, însă, în ambele cazuri, cu consecința radierii debitoarei din evidențele registrului comerțului, motivat de împrejurarea că o dată deschisă procedura de insolvență față de un debitor persoană juridică singurul caz în care acesta nu este radiat din registrul în care este înmatriculat este acela în care planul de reorganizare a fost realizat, în sensul că toate obligațiile de plată asumate au fost îndeplinite în mod corespunzător.

În cauză nu se poate susține întemeiat faptul că, prin închiderea procedurii de insolvență față de debitoare, judecătorul-sindic ar fi lăsat fără conținut dispozițiile Legii nr. 85/2006 și principiile care guvernează acest act normativ. Din conținutul textelor legale rezultă că principiile fundamentale ale procedurii insolvenței sunt: (i) principiul priorității acestei proceduri față de alte proceduri de recuperare a creanțelor, (ii) principiul celerității, (iii) principiul colectivității, (iv) principiul maximizării recuperării creanțelor și (v) principiul ordonării rangului creanțelor. În aceste condiții, principiul salvării și menținerii debitorului în câmpul raporturilor comerciale, de care face vorbire creditorul recurent, nu mai reprezintă un principiu de bază al procedurii insolvenței^[1], intenția legiuitorului fiind aceea de a abandona conceptul *faliment-remediu*, în favoarea celui *faliment-sanctiune*, obiectivul de netăgăduit fiind acela de a însănătoși mediul de afaceri.

În plus față de chestiunile anterior dezbătute, precizăm că, în cazul închiderii procedurii în temeiul art. 178, este posibilă repunerea pe rol a cauzelor suspendate de drept ca urmare a deschiderii procedurii insolvenței conform art. 75.

§2. Cazuri speciale de închidere a procedurii

41. Legiuitorul a prevăzut și câteva cazuri speciale de închidere a procedurii, aflate în directă legătură cu procedurile speciale introduse prin Codul insolvenței, respectiv închiderea procedurii falimentului instituțiilor bancare (art. 237 din Cod) și închiderea procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare (art. 271 din Cod). Aceste cazuri sunt dezbătute pe larg în cadrul capitolelor destinate acestor instituții (*infra*, Capitolele XVII și XVIII).

§3. Cazuri atipice de închidere a procedurii insolvenței

42. Prin prezentarea acestor cazuri întâlnite în practica judiciară, am dorit să reliefăm faptul că, deși în Codul insolvenței sunt prevăzute cinci cazuri distincte pentru închiderea procedurii, dintre acestea art. 175 și art. 176 cuprinzând, fiecare la rândul său, câte două ipoteze distincte, în practică incidența acestor situații are o pondere diferită.

Astfel, un dosar având ca obiect procedura insolvenței, se închide în majoritatea situațiilor ca urmare a insuficienței bunurilor sau a resurselor financiare ale debitorului, sau într-un procent mai redus de situații, atunci când toate bunurile din averea debitorului au fost lichidate, indiferent dacă creanțele declarate de către creditorii au fost sau nu recuperate integral. În acest context, putem afirma că în practica judiciară ce a avut la bază aplicarea Legii nr. 64/1995 sau a Legii nr. 85/2006, instanțele din țara noastră au urmat mai degrabă linia trasată de doctrina și jurisprudența franceză în domeniu, căci în Franța, procedura insolvenței se poate închide atunci când se constată incidența a două ipoteze majore, și anume insuficiența elementelor de activ și insuficiența elementelor de pasiv.

Trebuie menționat că, având în vedere experiența anterioară generată de prevederile Legii nr. 85/2006, situațiile intervenite în practica judiciară nu se pot încadra întotdeauna într-unul dintre cazurile expres prevăzute de legiuitor pentru închiderea procedurii, fiind întâlnite cazuri atipice de închidere a acesteia și care reprezintă de fapt, o creație a practicii judiciare.

^[1] Precizăm că această analiză vizează dispozițiile Legii nr. 85/2006.

3.1. Închiderea procedurii pentru lipsa capacității procesuale a debitorului

43. Astfel, printr-o sentință^[1] s-a admis cererea privind deschiderea procedurii de insolvență, constatându-se existența unei creanțe certe, lichide și exigibile.

Cu ocazia întocmirii primului raport de activitate, administratorul judiciar desemnat în cauză a notificat Oficiul Registrului Comerțului despre deschiderea procedurii, care i-a adus la cunoștință faptul că societatea respectivă este radiată în baza art. 31 alin. (5) din Legea nr. 359/2004. În consecință, administratorul judiciar a propus închiderea procedurii având în vedere că debitoarea este o societate radiată, lipsindu-i capacitatea de exercițiu.

Astfel, judecătorul-sindic, în temeiul art. 137 CPC [din 1865 (s.n)], a pus în discuție *excepția lipsei capacității procesuale* a debitoarei, excepție care a fost admisă și s-a constatat că, prin pronunțarea încheierii de radiere a debitoarei, aceasta a încetat ca persoană juridică, încetând astfel capacitatea sa procesuală de folosință, motiv pentru care s-a dispus închiderea procedurii, descărcarea administratorului judiciar de obligații și achitarea cheltuielilor de procedură și a onorariului administratorului judiciar din fondul special de lichidare.

3.2. Închiderea procedurii ca urmare a renunțării reclamantului creditor la judecată

44. De asemenea, într-o altă speță^[2], s-a admis cererea creditorului privind deschiderea procedurii insolvenței față de debitor, constatându-se existența unei creanțe certe, lichide și exigibile. Debitorul a formulat recurs împotriva acestei sentințe, arătând că, în speță, nu mai există o creanță certă, lichidă și exigibilă, deoarece aceasta a fost stinsă prin plată după deschiderea procedurii.

Recursul a fost admis și s-a dispus modificarea hotărârii atacate, în sensul respingerii cererii introductive formulată împotriva debitorului.

Având în vedere însă că sentința judecătorului-sindic are caracter executoriu, după pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii, aceasta a continuat, iar, pe de altă parte, prin decizia instanței de control judiciar nu s-a dispus nimic referitor la efectele hotărârii privind deschiderea procedurii care, odată declanșată, trebuia închisă în baza unuia dintre cazurile prevăzute de lege la art. 133-134 din Legea nr. 85/2006 (corespondentul art. 176-177 din Codul insolvenței). Însă, în lipsa unei dispoziții exprese în acest sens de către instanța de recurs, judecătorul-sindic a dispus scoaterea cauzei de pe rol.

Avem rezerve cu privire la această soluție, în special raportat la practica majoritară a instanțelor judecătorești de închidere a procedurii insolvenței, considerându-se că, dacă la data pronunțării sentinței de deschidere a procedurii, erau îndeplinite condițiile deschiderii, sentința nu mai poate fi casată, întrucât procedura s-a derulat. Dacă s-a achitat creanța și s-au înregistrat alte declarații de creanță, atunci procedura trebuie să continue.

Soluții de tipul celor analizate mai sus au format inclusiv obiectul unei minute de uniformizare a practicii judiciare^[3] în privința stabilirii consecințelor juridice ale plății în

[1] Trib. București, s. a VII-a com., sent. nr. 2582 din 19 octombrie 2006, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, dec. nr. 1093 din 10 octombrie 2006, nepublicată.

[3] Minuta întâlnirii dintre membrii Comisiei „Unificarea practicii judiciare”, Președintele Secției comerciale ICCJ și președinții secțiilor comerciale ale curților de apel, 8 decembrie 2009.

recurs, de către debitor în favoarea creditorului care a deschis procedura, a creanței introductive, cu depunerea de către intimatul-creditor chiar a unei cereri de renunțare la judecata cererii introductive de instanță.

Astfel, unele instanțe^[1] au considerat că: „[...] creditorul, prin cererea depusă în dosarul de recurs prin fax-ul din data de 10 noiembrie 2009, a solicitat renunțarea la judecată, în temeiul dispozițiilor art. 246-247 CPC [din 1865 (s.n)]. În consecință, Curtea a admis recursul astfel promovat, a modificat în tot sentința atacată, în sensul respingerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței ca urmare a renunțării reclamantului creditor la judecată”. În același sens, o altă soluție jurisprudențială^[2] a argumentat astfel: „în condițiile renunțării la drept a creditoarei, lipsește însuși actul de sesizare a judecătorului-sindic, iar continuarea procedurii nu ar putea avea loc în lipsa acestuia. Chiar dacă procedura insolvenței are caracter concursal și colectiv, nu înseamnă că principiul disponibilității procesului civil, care guvernează și procedura de insolvență, ar fi înlăturat, din contră”.

În sens contrar, s-a considerat în jurisprudență^[3] astfel: „faptul că a achitat creanța solicitată de creditoare prin cererea introductivă, după deschiderea procedurii și nu înainte de această dată cum susține în motivarea recursului nu este de natură să atragă modificarea sentinței, aceste plăți urmând a fi analizate de judecătorul-sindic, care va verifica și dacă nu s-au înregistrat cereri de admitere a creanțelor în termenul limită stabilit prin sentința de deschidere a procedurii”.

Pe de altă parte, opinia majoritară conturată în cadrul acestei minute de uniformizare a practicii a fost următoarea: „în cazul în care în tabelul de creanțe nu au mai fost înscrși alți creditori, ca urmare a achitării integrale a creanței care a determinat deschiderea procedurii, judecătorul-sindic urmează a pronunța o hotărâre de închidere a procedurii însă, în cazul în care, în tabelul creanțelor s-au înscris mai mulți creditori, având în vedere caracterul *colectiv* al procedurii insolvenței, aceasta trebuie să continue”.

3.3. Închiderea procedurii din perioada de observație

45. O altă situație care a fost întâlnită în practica judiciară anterioară este soluția pronunțată de către judecătorul-sindic atunci când procedura este închisă încă din perioada de observație. Desigur că această ipoteză nu este aplicabilă în situația prevăzută de art. 174 din Codul insolvenței, când procedura se poate închide în orice stadiu pentru lipsa bunurilor și nici în cea prevăzută de art. 177 din Legea Codul insolvenței, când nu s-a înregistrat nicio creanță împotriva debitorului.

În toate celelalte situații, opinăm în sensul că în cazul în care societatea debitoare își achită toate datoriile reclamate de către debitor, în perioada de observație, judecătorul-sindic ar putea să pronunțe o sentință de închidere a procedurii fără a se pronunța și asupra consecințelor referitoare la radierea societății din evidențele finanțelor publice și cele ale registrului comerțului. De altfel, aceasta a fost și rațiunea introducerii art. 178 din Codul insolvenței, privind plata sau, după caz, renunțarea la judecată din partea creditorilor înscrși în tabelul definitiv al creanțelor. Pe de altă parte, după cum se observă, legiuitorul Codului insolvenței a preferat un „element de stabilitate” drept criteriu de

[1] A se vedea, în acest sens, C.A. Constanța, dec. civ. nr. 51/COM din 21 ianuarie 2010, nepublicată.

[2] A se vedea, în acest sens, C.A. București, s. a-V-a com., dec. nr. 811 din 25 mai 2010, nepublicată.

[3] C.A. Oradea, dec. nr. 340/C/2007, s. com., cont. adm. și fisc, nepublicată.

verificare a pasivului existent în perioada de observație, tocmai de aceea tabelul definitiv de creanțe fiind considerat un element de referință în această privință.

Secțiunea a 6-a. Aspecte comune identificate în doctrina și practica judiciară referitoare la închiderea procedurii insolvenței

46. Așa cum s-a arătat anterior, procedura insolvenței se finalizează prin sentința de închidere a acesteia. După închiderea procedurii atât judecătorul-sindic, cât și administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, după caz, se dezinvestesc de întreaga procedură a insolvenței față de debitorul respectiv, aceștia nemaiaivând niciuna din competențele sau atribuțiile prevăzute de Codul insolvenței.

Totodată, prin închiderea procedurii nu mai subzistă niciunul dintre efectele aferente deschiderii procedurii sau rezultând din litigiile specifice acesteia, de exemplu acțiunea în răspundere împotriva administratorilor sau împotriva asociaților cu răspundere nelimitată ai debitorului persoană juridică nu mai poate fi *demarată* după închiderea procedurii, întrucât situația premisă a acestei răspunderi nu mai există. Practic, acest gen de procese sunt posibile numai pe durata *existenței* procedurii insolvenței și nu ulterior acesteia, așa cum s-au întâlnit uneori situații în practica judiciară.

Există, însă, unele efecte ale procedurii insolvenței care-și păstrează valabilitatea și dincolo de închiderea procedurii, cum ar fi *decăderile și interdicțiile profesionale*, interdicția debitorului ce a fost supus unei proceduri de reorganizare judiciară de a mai solicita deschiderea unei astfel de proceduri pe o perioadă de 5 ani, ulterior închiderii procedurii, interdicția unei persoane căreia i s-a atras răspunderea patrimonială de a mai ocupa, pentru o perioadă de 10 ani, funcția de administrator al unei societăți [prevădute nou introduse prin dispozițiile art. 169 alin. (10) din Codul insolvenței] etc.

În același timp, închiderea procedurii generează și efecte patrimoniale posibile doar în situația în care, anterior a fost deschisă procedura insolvenței față de un debitor, cum este cazul transferului dreptului de proprietate asupra bunurilor rămase în patrimoniul asociaților după închiderea procedurii sau al stingerii datoriilor prin dispariția debitorului persoană fizică sau descărcarea de datorii^[1].

Practic, astfel cum am argumentat pe larg în cele ce preced, închiderea procedurii insolvenței a fost prevăzută de legiuitor ca fiind posibilă în 7 situații distincte^[2], respectiv:

- insuficiența fondurilor necesare cheltuielilor administrative ale procedurii;
- executarea cu succes a planului de reorganizare;
- terminarea lichidării și a tuturor distribuțiilor în caz de faliment;
- acoperirea întregii mase credale chiar înaintea finalizării lichidării;
- neînregistrarea niciunei creanțe la masa credală după deschiderea procedurii la cererea creditorului;
- toți creditorii înscrși la masa credală primesc, în perioada de observație, toate sumele datorate conform tabelului definitiv;
- creditorii renunță la judecată în perioada de observație.

47. Problema supusă analizei în secțiunea de față se referă la situația cel mai des întâlnită în practica judiciară formată în temeiul legislației anterioare, estimată a fi apli-

^[1] Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 715.

^[2] Capitolul VI, art.131-137 din Legea nr. 85/2006.

cabilă și în noua legislație, și anume, *insuficiența fondurilor*, caz în care, în baza art. 174 din Codul insolvenței – corespondentul art. 131 din Legea nr. 85/2006, se poate dispune închiderea procedurii.

Practic, majoritatea covârșitoare a dosarelor de insolvență s-au închis în baza acestui temei legal, așa cum s-a constatat, de exemplu, din practica judiciară a instanțelor care fac parte din raza de competență a Curții de Apel Timișoara, respectiv Tribunalele Timiș, Arad și Caraș-Severin, și, în mod evident, vor continua și în baza Codului insolvenței.

Pentru închiderea procedurii în cazul în care se constată insuficiența fondurilor este irelevantă cauza care a provocat insolvența debitorului, fiind suficient să se constate că în lipsa bunurilor sau a fondurilor necesare procedura nu poate continua căci scopul acesteia, respectiv acoperirea datoriei societății debitoare cu fondurile bănești sau bunurile disponibile, nu este posibil de realizat.

Evident că se pune problema stabilirii momentului oportun pentru închiderea procedurii, respectiv a momentului în care judecătorul-sindic poate pronunța o sentință de închidere a procedurii în această situație, dat fiind faptul că legiuitorul folosește sintagma în „orice stadiu al procedurii”. În acest sens, este nevoie de o bună conlucrare între judecătorul-sindic și practicianul în insolvență desemnat, care trebuie să facă în permanență un raport între cheltuielile administrative și activul debitorului.

În cazul în care se constată că nu mai sunt bunuri nici pentru acoperirea cheltuielilor administrative, practicianul în insolvență trebuie să informeze creditorii asupra acestei stări de fapt și să le solicite avansarea cheltuielilor necesare continuării procedurii, solicitare la care, astfel cum ne-am referit mai sus, rareori creditorii dau curs.^[1] Dacă niciun creditor nu se oferă, judecătorul-sindic va trebui să convoace o audiere a creditorilor, în cadrul căreia aceștia pot fie să refuze avansarea sumelor, fie să accepte, fie să nu se prezinte. De asemenea, înainte de a se pronunța asupra închiderii procedurii în baza art. 174 din Codul insolvenței, judecătorul-sindic trebuie să aprecieze dacă creanțele creditorilor și cheltuielile administrative pot fi acoperite, fie ca urmare a executării silite asupra bunurilor asociațiilor cu răspundere nelimitată sau a membrilor grupurilor de interes economic, fie ca urmare a antrenării răspunderii membrilor organelor de conducere ale debitoarei.

Totodată, nu trebuie să fie omisă complet, însă în anumite limite și cu anumite justificări, posibilitatea avansării sumelor necesare continuării procedurii din fondul special de lichidare creat conform art. 39 alin. (4) din Codul insolvenței [corespondentul art. 4 alin. (4) din Legea nr. 85/2006^[2]], care poate fi accesat în lipsa disponibilităților în contul debitorului.

Astfel, deseori închiderea procedurii în temeiul insuficienței fondurilor a fost contestată și, în mod cert va fi contestată și în noul cadru legal, de către creditorii, care deși nu s-au oferit să avanseze nici măcar parțial cheltuielile necesare continuării procedurii, consideră că nu s-au întreprins toate măsurile pentru a se descoperi bunurile aflate în patrimoniul debitoarei, conturile existente la bănci și consideră, de asemenea, că indiferent de faptul că legiuitorul a prevăzut posibilitatea ca procedura să poată fi închisă în orice stadiu datorită insuficienței bunurilor, aceasta nu poate fi închisă prematur, până când nu s-au epuizat toate căile de identificare a bunurilor debitoarei și nu s-a dispus asupra posibilității atragerii răspunderii personale patrimoniale a organelor de conducere ale debitoarei pentru ajungerea acestei societăți în stare de insolvență.

[1] C.A. Timișoara, dec. nr. 1035 din 16 mai 2011, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, dec. nr. 1040 din 16 mai 2011, nepublicată.

De cele mai multe ori, creditorii care și-au declarat creanțele în procedura insolvenței dar se văd în imposibilitatea recuperării creanțelor, critică din punct de vedere al activității judecătorului-sindic faptul că acesta nu a solicitat lichidatorului sau administratorului judiciar intensificarea demersurilor acestora pentru identificarea de bunuri și stabilirea cauzelor care au condus la ajungerea societății în încetare de plăți. De asemenea, administratorului sau lichidatorului judiciar i se impută deseori superficialitatea, lipsa de implicare și graba cu care solicită închiderea procedurii, formulând în acest sens un raport de activitate lapidar, prin care învederează instanței că nu a găsit la sediul debitoarei nicio persoană, a constatat că aceasta nu mai desfășoară activitate, că nu este înregistrată la organele fiscale cu bunuri impozabile, astfel că nu se mai impune continuarea procedurii, cu atât mai mult cu cât, neputând lua contact cu nicio persoană care să reprezinte societatea, nu a putut intra în posesia actelor contabile ale acesteia, astfel că, pe cale de consecință, nu a putut formula un raport în care să identifice cauzele ajungerii societății în insolvență.

48. Cel de-al doilea motiv pentru care creditorii au contestat închiderea procedurii este acela că nu s-a dispus, chiar și în caz de inexistență a actelor și a bunurilor contabile, antrenarea răspunderii administratorilor societății care, în opinia acestora, se fac vinovați de ajungerea societății în stare de insolvență^[1].

Referitor la critica creditorilor în sensul că nu a fost atrasă răspunderea administratorului societar al debitoarei sau, după caz, că nu au avut posibilitatea formulării unei cereri de atragere a răspunderii patrimoniale, s-a reținut că această critică este nefondată, deoarece, potrivit art. 138 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 – corespondentul art. 169 alin. (1) din Legea Codul insolvenței, aceasta se poate face ca regulă numai la cererea administratorului judiciar sau a lichidatorului și numai ca excepție de către președintele comitetului, respectiv un creditor desemnat de către adunare (în lipsa comitetului) ori de către un creditor ce deține mai mult de 50% din masa credală, dacă administratorul judiciar sau lichidatorul a omis să indice, în raportul său asupra cauzelor insolvenței, persoanele culpabile de starea de insolvență a patrimoniului debitorului persoană juridică ori dacă acesta a omis să formuleze acțiunea și răspunderea persoanelor amenință să se prescrie^[2].

De asemenea, printre atribuțiile administratorului judiciar sau lichidatorului se înscriu și cele prevăzute de art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței [corespondentul art. 20 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006], respectiv examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea eventualelor indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora le-ar fi imputabilă, și asupra existenței premiselor angajării răspunderii acestora, în condițiile art. 169, precum și asupra posibilității reale de reorganizare efectivă a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și supunerea acelui raport judecătorului-sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 40 de zile de la desemnarea administratorului judiciar. În practică, s-a observat că întocmirea oricărui tip de raport, fie acesta chiar mai puțin „amănunțit” decât a prevăzut art. 20 alin. (1) lit. b) sau chiar și – în viitor – menționând „eventuale indicii sau elemente preliminare”, conform art. 58 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței, poate fi posibilă doar în situația depunerii actelor contabile ale societății debitoare, ori în lipsa acestora, majoritatea susținerilor din raportul pe care îl prezintă judecătorului-sindic sunt de fapt

^[1] C.A. Timișoara, dec. nr. 179 din 19 octombrie 2009, nepublicată.

^[2] C.A. Timișoara, dec. civ. nr. 569 din 13 aprilie 2009, nepublicată.

constatări proprii ale practicianului în insolvență, prin care se relevă, în esență, că nu se poate întocmi un astfel de raport în lipsa actelor societății sau în majoritatea situațiilor, și în lipsa persoanelor care au condus societatea și de la care s-ar putea obține informații și date relevante.

Pe cale de consecință, numai după ce existau date sau indicii clare că ajungerea societății în stare de insolvență s-ar fi datorat activității culpabile ale organelor de conducere ale acesteia, administratorul judiciar sau lichidatorul putea formula o cerere de atragere a răspunderii, însă această cerere avea un rezultat cel puțin incert, dacă nu se dovedea în cuprinsul acesteia, care anume dintre faptele prevăzute expres și limitativ de art. 138 lit. a)-g) din Lege au fost săvârșite și de către cine, și care este raportul dintre aceste fapte și prejudiciul produs creditorilor, în ce constă acest prejudiciu etc.^[1] Astfel cum vom analiza pe larg în cadrul Capitolului al XV-lea, în temeiul noului art. 169 alin. (1) teza finală („*au contribuit*” în loc de „*a cauzat*”) sau a prezumției de răspundere pentru neținerea contabilității precum și a noii ipoteze a răspunderii privind „*orice altă faptă, săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului*”, este posibil ca practica judiciară să capete noi valențe în această materie.

În orice caz, dacă nu este vorba despre o omisiune de a formula acțiunea în atragerea răspunderii personale patrimoniale a organelor de conducere ale societății, întrucât administratorul judiciar sau lichidatorul apreciază în mod realist, raportat la actele și lucrările dosarului și la situația de fapt constatată, că nu se impune formularea unei astfel de cereri, creditorii nu mai au calitatea procesuală activă de a solicita antrenarea răspunderii. Și este firesc să fie astfel, de vreme ce legitimarea procesuală a creditorilor de a formula o astfel de cerere este una subsecventă, întrucât legiuitorul a înțeles să prevadă posibilitatea formulării respectivei cereri numai ca excepție. Considerăm că și sub imperiul Codului insolvenței o astfel de soluție este întemeiată.

Secțiunea a 7-a. Efectele închiderii procedurii insolvenței

49. Conform dispozițiilor art. 179 din Codul insolvenței, sentința de închidere a procedurii va fi notificată de judecătorul-sindic direcției regionale sau, după caz administrației județene a finanțelor publice și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societăților agricole sau altor registre unde debitorul este înmatriculat, pentru efectuarea mențiunii. De asemenea, hotărârea se consideră comunicată și tuturor creditorilor, prin comunicarea în BPI. Această obligație de publicare a sentinței de închidere are caracter de noutate față de legislația anterioară și va avea un impact pozitiv în realitatea economică, întrucât, direct în baza sentinței de închidere publicată în BPI, creditorii pot opera rectificările necesare în contabilitatea proprie, dacă este cazul. Până la acest moment, s-au înregistrat și cazuri în care organele fiscale au solicitat hotărârea în copie conformă cu originalul – aspect destul de dificil, în special pentru creditorii din altă localitate decât aceea de sediu a debitorului, care erau siliți a efectua demersuri suplimentare, implicând costuri și timp, pentru a obține hotărârea judecătorului-sindic.

Așadar, potrivit acestui text de lege, în toate cazurile în care se dispune închiderea procedurii, judecătorul-sindic va pronunța o sentință care, în temeiul prevederilor art. 179 din lege, va trebui să fie notificată de către judecătorul-sindic direcției regionale a finanțelor publice și oficiului registrului comerțului sau, după caz, registrului societă-

^[1] C.A. Timișoara, dec. nr. 1423/R din 9 noiembrie 2009, nepublicată.

ților agricole unde debitorul este înmatriculat, pentru a se efectua mențiunea închiderii procedurii. Este, de asemenea, obligatorie și publicarea acesteia în BPI.

Se poate observa că notificarea deschiderii procedurii cade în sarcina administratorului judiciar sau lichidatorului după caz, în timp ce notificarea închiderii procedurii este în sarcina judecătorului-sindic, astfel că rațiunea pe care legiuitorul a avut-o în vedere atunci când a edictat acest text de lege nu a fost în niciun caz una care să aibă în vedere principiul simetriei juridice.

§1. Efectele generale ale închiderii procedurii

1.1. Opozabilitatea hotărârii de închidere a procedurii – art. 179 din Codul insolvenței

50. Deși închiderea procedurii are loc în mai multe ipoteze distincte, dispozițiile procedurale care guvernează închiderea procedurii au, în principiu, caracter unitar, astfel că ele se vor aplica în toate ipotezele în care judecătorul-sindic a dispus o asemenea măsură.

Efectele închiderii procedurii vizează obligația judecătorului-sindic de a notifica sentința de închidere a procedurii persoanelor prevăzute de lege în vederea efectuării acestei mențiuni, descărcarea de obligații a organelor care au aplicat procedura și a părților, precum și descărcarea debitorului persoană fizică de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, însă sub rezerva de a nu fi găsit vinovat de bancrută frauduloasă sau de plăți ori transferuri frauduloase.

În toate cazurile, sentința de închidere a procedurii va fi notificată de judecătorul-sindic astfel cum am precizat anterior, conform art. 179 din Codul insolvenței.

1.2. Descărcarea de îndatoriri sau responsabilități a judecătorului-sindic, administratorului/lichidatorului și a altor persoane cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditor, titulari de garanții, acționari sau asociați – art. 181 din Codul insolvenței

51. Articolul 180 din Codul insolvenței stipulează că, prin închiderea procedurii, judecătorul-sindic, administratorul/lichidatorul și toate persoanele care i-au asistat sunt descărcați de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditor, titulari ai drepturilor de preferință, acționari sau asociați.

Textul de lege ce constituie obiectul analizei noastre reglementează unul dintre principalele efecte ale închiderii procedurii, și anume descărcarea de orice îndatoriri și responsabilități a organelor care aplică procedura (judecătorul-sindic, administratorul judiciar și lichidatorul judiciar), precum și a persoanelor care i-au asistat (specialiștii angajați pe parcursul desfășurării procedurii, de regulă experți).

În ceea ce privește îndatoririle sau responsabilitățile de care sunt descărcate persoanele mai sus menționate, legiuitorul a avut în vedere descărcarea de obligațiile legate de procedură, debitor și averea debitorului, creditor, titulari ai unor drepturi de preferință, acționari sau asociați, obligații care decurg din atribuțiile conferite fiecăruia dintre organele care aplică procedura. Ca atare, descărcarea de obligații a acestor persoane are ca efect încetarea oricărei atribuții ale acestora și care decurg din lege, momentul încetării

lor fiind marcat de pronunțarea sentinței în ipotezele care, potrivit legii, impun închiderea procedurii.

Față de cele arătate mai sus, îndatoririle sau responsabilitățile de care sunt descărcate persoanele mai sus enumerate vizează, așadar atribuțiile fiecărui organ în parte sau obligațiile fiecărei persoane care a asistat organul respectiv^[1]. Nu se impune a se proceda la enumerarea îndatoririlor și a responsabilităților fiecărui organ în parte, acestea putând fi deduse din atribuțiile expres prevăzute de către legiuitor, precum și din alte texte din conținutul legii, însă, în mod generic, arătăm că răspunderea acestor persoane poate fi, după caz, legală, contractuală sau delictuală.

În practica generată de aplicarea Legii nr. 85/2006, creditorii, în majoritatea lor creditori bugetari, au susținut că instanța a apreciat în mod eronat asupra închiderii procedurii insolvenței fără nominalizarea unui executor judecătoresc care să procedeze la executarea sentinței prin care s-a dispus și atragerea răspunderii patrimoniale, creditorii invocând astfel că sunt în imposibilitatea realizării creanței proprii, întrucât nu au calitate procesuală față de cererea având ca obiect atragerea răspunderii fostului administrator și nu pot executa acest titlu.

Instanțele de recurs au respins recursurile formulate pentru acest motiv, arătând că lichidatorul judiciar a fost descărcat de toate obligațiile cu privire la procedură, iar prin lege nu s-a instituit în sarcina judecătorului-sindic obligația ca, anterior închiderii procedurii, să desemneze un executor judecătoresc pentru punerea în executare a dispozițiilor acesteia, în cazul în care prin sentința de închidere s-a dispus și antrenarea răspunderii personale patrimoniale a administratorilor societății debitoare^[2].

Sentința de închidere a procedurii constituie titlu executoriu și, ca atare, aceasta urmează a fi pusă în executare ca orice alt titlu, potrivit prevederilor Codului de procedură civilă. Practic, legiuitorul a înțeles să transfere în sarcina executorului judecătoresc obligația de a acoperi pasivul debitorului prin repartizarea sumelor obținute din executarea silită în conformitate cu tabelul definitiv consolidat pus la dispoziție de lichidator^[3].

De asemenea, legiuitorul a prevăzut, expres, în cadrul art. 173 alin. (1) din Codul insolvenței [corespondentul art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006], faptul că executarea silită a persoanelor găsite vinovate de ajungerea societății în stare de insolvență, conform art. 169, se face de către executorul judecătoresc potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, iar la alin. (2) al aceluiași articol, faptul că eventualele distribuiri vor fi făcute direct de către executorul judecătoresc potrivit Codului insolvenței, raportat la tabelul definitiv consolidat de creanțe. Singura obligație a practicianului în insolvență rezidă în a pune la dispoziția executorului judecătoresc tabelul definitiv consolidat.

În ceea ce privește atribuțiile lichidatorului sau administratorului judiciar, în practică se remarcă faptul că deseori, acesta se ocupă doar de plata creanțelor, omițând să se ocupe din timp de soarta documentelor pe care le are în păstrare din contabilitatea debitoare și care, anterior închiderii procedurii, ar trebui arhivate, dat fiind descărcarea de atribuții a practicianului în insolvență, după închiderea procedurii.

52. Astfel, arhivarea documentelor debitorului (esențială pentru foștii angajați ai debitorului, întrucât aceste documente stau la baza dosarului de pensionare sau a altor

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 752.

[2] C.A. Timișoara, dec. nr. 731/R din 29 septembrie 2007, nepublicată.

[3] C.A. Timișoara, dec. nr. 210/R din 10 martie 2008, nepublicată.

drepturi de securitate socială) poate fi considerată un efect al închiderii procedurii și, în același timp, o obligație a practicianului în insolvență^[1].

Așa cum rezultă din jurisprudență^[2], această obligație este, însă, dificil sau imposibil de executat, întrucât atât Arhivele Naționale, cât și Casele de Pensii refuză să preia astfel de documente, fie din lipsă de spațiu, fie de dispoziții legale. În astfel de cazuri, singura soluție o reprezintă darea în păstrare a acestor documente către societățile specializate de arhivare. Cu toate acestea, însă, arhivarea poate să însemne o cheltuială de procedură destul de însemnată, întrucât societatea de arhivă va impune plata anticipată a întregului tarif de arhivare, din moment ce societatea falită va dispărea ca urmare a lichidării, iar societatea de arhivare nu va mai avea partener contractual. De aceea, înainte de distribuția finală, lichidatorul va trebui să provizioneze sumele necesare plății operațiunii de arhivare, cu titlu de cheltuială de procedură. În cazul în care fondurile debitorului sunt insuficiente pentru acoperirea acestor cheltuieli, atunci se va putea apela la fondul de lichidare. În orice caz, este riscant ca procedura să fie închisă fără ca documentele societății falite să aibă asigurată arhivarea.

Astfel, într-o speță^[3], în care deschiderea procedurii față de debitoare s-a produs încă din 2001, timp în care pe o perioadă de 10 ani, lichidatorul judiciar desemnat în cauză s-a preocupat exclusiv de vânzarea bunurilor debitoarei, sens în care a avut permanent în contul de lichidare sume importante de bani, în momentul în care valorificarea tuturor acestor bunuri s-a încheiat, a solicitat închiderea procedurii și suportarea din fondul de lichidare, a cheltuielilor în sumă de 197.983 lei pentru achitarea serviciului de arhivare al documentelor debitoarei, arătând în acest sens că a obținut o ofertă de arhivare din partea unei societăți specializate.

Prin hotărârea pronunțată, judecătorul-sindic a respins cererea lichidatorului, arătând că din fondul special de lichidare se plătesc, într-adevăr, cheltuielile de lichidare în lipsa disponibilului în contul debitorului, or debitoarea a avut disponibil în cont din care se impunea a se achita cu prioritate toate cheltuielile aferente procedurii, inclusiv sumele necesare arhivării documentelor societății.

Considerăm că în mod corect judecătorul-sindic a respins cererea lichidatorului, care se află în culpă pentru faptul că nu a provizionat din timp sumele necesare arhivării, iar cât privește mersul procedurii insolvenței, este evident că, deși au fost lichidate toate bunurile debitoarei, ar fi prematură o eventuală închidere a procedurii cu consecința descărcării lichidatorului judiciar de îndatoriri și responsabilități, înainte de a fi rezolvată problema arhivării respectivelor documente.

1.3. Descărcarea debitorului de obligațiile patrimoniale avute anterior deschiderii procedurii – art. 181. Efectele fiscale ale acestei descărcări reflectate în patrimoniul creditorilor

53. Articolul 181 din Lege stabilește că: „(1) Prin închiderea procedurii de faliment, debitorul persoană fizică va fi descărcat de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, însă sub rezerva de a nu fi găsit vinovat de bancrută frauduloasă sau de plăți ori transferuri frauduloase; în astfel de situații, el va fi descărcat de obligații numai în măsura în care acestea au fost plătite în cadrul procedurii. (2) La data confirmării unui

[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 706.

[2] Trib. Cluj, sent. com. nr. 6007/C/2006, nepublicată.

[3] Trib. Timiș, înch. din camera de consiliu din 7 2010, pronunțată în dosarul nr. 88.1/30/2001.

plan de reorganizare, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea înainte de confirmarea planului și cea prevăzută în plan, pe parcursul procedurii reorganizării judiciare. În cazul trecerii la faliment, dispozițiile art. 140 alin. (1)^[1] devin aplicabile”.

Dacă, urmare a închiderii procedurii, prevederile art. 180 din Codul insolvenței reglementează descărcarea de îndatoriri și/sau responsabilități a organelor care aplică procedura și a persoanelor care i-au asistat pe aceștia, dispozițiile art. 181 reglementează descărcarea de obligații a debitorului persoană fizică. De asemenea, dacă prevederile art. 180 se referă la descărcarea persoanelor menționate de obligațiile născute ulterior deschiderii procedurii, art. 181 se referă la obligațiile debitorului persoană fizică, născute anterior deschiderii procedurii. Ca atare, prin efectul închiderii procedurii, în principiu, debitorul persoană fizică va fi descărcat de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, astfel că apreciem că suntem în prezența unei *remiteri de datorie legală* sau iertare de datorie. Prin urmare, închiderea procedurii falimentului are ca efect liberarea debitorului de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, obligații care au fost cuprinse în masa credală dar care nu au fost achitate, inclusiv în situația în care aceste obligații nu au fost achitate integral. Practic, descărcarea de obligații a debitorului are ca efect reducerea cuantumului creanțelor la nivelul distribuirilor efectuate cu ocazia lichidării bunurilor din averea debitorului.

Așa fiind, înseamnă că acei creditori ale căror creanțe nu au fost achitate pe parcursul desfășurării procedurii nu vor mai putea să îl urmărească pe debitor după închiderea procedurii, nici chiar în ipoteza în care acesta ar dobândi bunuri cu a căror valoare ar putea acoperi creanțele acestora.

Soluția consacrată de prevederile acestui articol (art. 181) este esențială pentru a asigura un „*fresh start*”, majoritatea legislațiilor europene prevăzând, dacă nu această soluție, măcar un termen în interiorul căruia să intervină această *iertare de datorie*. Totodată, soluția este în acord și cu Recomandările Comisiei Europene^[2], conform cărora efectele negative ale falimentului asupra debitorului persoană fizică ar trebui limitate, în vederea acordării unei *a doua șanse*. În acest scop, aceștia trebuie în totalitate descărcați de creanțele procedurii, într-un termen de maxim 3 ani. Totodată, soluția este susținută de concluziile Analizei de impact făcută de către Comisia Europeană^[3], în raport de care o neiertare de datorie sau o perioadă prea mare până la ștergerea datoriilor este contraproductivă din punct de vedere economic, stigmatizând eșecul, descurajând antreprenoriatul, dar și piața muncii. În același timp, efectele benefice se reflectă în încurajarea antreprenoriatului, chiar și a pieței liber-profesioniștilor, fiind demonstrat de studii că business-urile noi, *re-starters*, au șanse mai mari de succes, persoanele fiind responsabilizate de procedura insolvenței anterior parcursă.

În altă ordine de idei, legiuitorul a prevăzut, în art. 181 alin. (2) din Codul insolvenței, că în cazul în care un plan de reorganizare este confirmat, debitorul este descărcat de diferența dintre valoarea obligațiilor pe care le avea anterior confirmării planului și cuan-

^[1] În cazul intrării în faliment se va reveni la situația stabilită prin tabelul definitiv al tuturor creanțelor împotriva debitorului prevăzut la art. 112 alin. (1) – *tabelul definitiv al creanțelor*, scăzându-se sumele achitate în timpul planului de reorganizare.

^[2] Recomandările Comisiei Europene în ceea ce privește o nouă abordare a eșecului în afaceri și a insolvenței, 12 martie 2014, C(2014) 1500, Capitolul IV – A doua șansă pentru antreprenori, pct. 30 și urm.

^[3] Comisia europeană, SWS (2014) 61 Studiu de impact privind Recomandările Comisiei Europene în ceea ce privește o nouă abordare a insolvenței.

tumul creanțelor prevăzută în planul confirmat. Așadar, debitorul^[1] va fi obligat doar la acoperirea creanțelor în cuantumul prevăzut în planul confirmat, chiar dacă anterior confirmării planului, cuantumul acestora este mai mare, astfel că apreciem că pentru diferența de valoare, legiuitorul l-a iertat pe debitor de datorie, fiind în prezența unui caz de remitere parțială legală de datorie.

O noutate în plan legislativ confirmă practica instanțelor judecătorești și a majorității practicienilor în insolvență, respectiv în cazul în care, din reorganizare se trece la faliment, creditorii revin la creanțele deținute conform tabelului definitiv al creanțelor, mai puțin sumele încasate în timpul procedurii de reorganizare. Prevederea repară o nedreptate pe care creditorii erau nevoiți să o suporte, întrucât, anterior, dacă se trecea la faliment, creanțele creditorilor erau consolidate la valoarea din programul de plăți.

Deși legiuitorul nu a prevăzut ce se întâmplă cu creditorii de a căror creanțe debitorul a fost descărcat, considerăm că remediile pe care le-ar putea avea la îndemână vin din domeniul fiscal, respectiv: ajustarea TVA aferent creanțelor nerecuperate și trecerea pe cheltuieli a provizioanelor deductibile fiscal, aferente creanțelor nerecuperate și, implicit, diminuarea impozitului pe profit.

În ceea ce privește descărcarea de obligații a altor persoane – fideiusori sau co-debitori principali, relevante sunt în acest sens dispozițiile art. 140 alin. (4) din Codul insolvenței care, deși situate în materia planului de reorganizare, au incidență în ceea ce privește subiecții față de care operează remiterea de datorie. Astfel, aceste prevederi legale stabilesc faptul că, fie și în situația în care au votat pentru acceptarea unui plan de reorganizare, creditorii conservă acțiunile lor pentru întreaga valoare a creanțelor, atât împotriva codebitorilor, cât și a fideiusorilor. O prevedere similară era cuprinsă și în Legea nr. 85/2006, în cadrul art. 137 alin. (3), care stabilea faptul că aceste persoane nu erau descărcate de obligații.

În consecință, ca efect al radierii societății debitoare și exceptând cazurile descrise mai sus, creditorii nu mai au nicio posibilitate de recuperare a creanțelor rămase nestinse de la societatea comercială radiată.

În doctrină s-a pus problema modului în care ar putea fi aplicate dispozițiile art. 181 din Codul insolvenței (corespondentul art. 137 din Legea nr. 85/2006) privind nedescărcarea debitorului, în situația unei societăți comerciale radiate, arătându-se că ipoteza nedescărcării este realistă numai în cazul comerciantului persoană fizică^[2]. Cu toate acestea, creditorii care nu și-au recuperat creanțele din averea debitorului societate (comercială) mai au posibilități de urmărire silită, atât în cadrul procedurii deschise în conformitate cu dispozițiile Codului insolvenței, cât și în afara acestei proceduri:

a) în cadrul procedurii deschise față de societatea comercială, ei pot urmări, înainte de închiderea procedurii:

- averea asociaților în nume colectiv și averea comanditaților (art. 164);
- averea conducătorilor societății cu răspundere limitată pluripersonală sau unipersonală sau ai societății pe acțiuni [art. 169 alin. (4)].

b) În afara procedurii, înainte de deschidere, după deschidere și după închidere:

- bunurile afectate de alte persoane drept cauze de preferință reală pentru obligațiile debitorului.

[1] St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 418.

[2] I. Turcu, op. cit., p. 541.

1.3.1. Excepții de la regula descărcării debitorului de obligațiile patrimoniale avute anterior deschiderii procedurii

54. De la regula potrivit căreia după închiderea procedurii debitorul persoană fizică este descărcat de obligațiile născute anterior deschiderii procedurii, legiuitorul a consacrat trei excepții:

a) *Dacă debitorul persoană fizică a fost găsit vinovat de bancrută frauduloasă.* Astfel, legiuitorul a avut în vedere infracțiunea de bancrută frauduloasă reglementată de prevederile art. 241 C. pen., iar nu infracțiunea de bancrută simplă reglementată de art. 240 din același act normativ. De asemenea, se impune să facem sublinierea că, pentru ca debitorul să poată fi urmărit silit de către creditorii după închiderea procedurii, este necesar să existe o hotărâre judecătorească definitivă prin care debitorul să fi fost condamnat, acest aspect rezultând cu claritate din formularea legiuitorului: „sub rezerva de a nu fi găsit vinovat”.

b) *Dacă debitorul a efectuat plăți sau transferuri frauduloase.* Apreciem că legiuitorul a avut în vedere plățile și transferurile frauduloase reglementate de prevederile art. 117 și urm. din Codul insolvenței. Ca și în cazul bancrutei frauduloase, pentru a opera excepția, este necesar să existe o hotărâre judecătorească definitivă care să-l găsească pe debitor vinovat de astfel de plăți sau transferuri frauduloase.

Așadar, consecința excepțiilor menționate este aceea că debitorul persoană fizică nu va fi descărcat de obligațiile născute anterior deschiderii procedurii, astfel că titularii de creanțe neachitate vor avea dreptul să îl urmărească silit pe debitor pentru aceste creanțe și ulterior închiderii procedurii.

c) Cu toate acestea, legiuitorul a prevăzut, în art. 181 alin. (1) teza a II-a din lege, că *în aceste situații de excepție debitorul va fi totuși descărcat de obligații în măsura în care acestea au fost plătite în cadrul procedurii.*

În legislația anterioară, legiuitorul introducea o excepție, a cazului prevăzut la art. 76 alin. (1) pct. 3 din Legea nr. 85/2006. Astfel, creditorul decăzut din dreptul de a mai participa la procedură, întrucât a depus tardiv declarația sa de creanță, putea urmări pe debitorul vinovat pentru bancrută frauduloasă sau transferuri ori plăți frauduloase, după închiderea procedurii.

O astfel de prevedere nu a fost păstrată în Codul insolvenței, astfel încât, și în ceea ce privește creanțele creditorului decăzut din dreptul de a mai participa la procedură, se impune descărcarea debitorului vinovat de bancrută frauduloasă, transferuri ori plăți frauduloase, de obligațiile pe care le avea înainte de intrarea în faliment, dacă aceste obligații au fost achitate în timpul procedurii.

§2. Efectele specifice închiderii procedurii raportate la cazurile de închidere a procedurii insolvenței

2.1. Radierea debitorului din evidențele fiscale și comerciale

55. Închiderea procedurii antrenează, de regulă, dispariția personalității juridice a debitorului. Numai în cazul închiderii procedurii ca urmare a neînscrierii în tabelul creanțelor a niciunei creanțe contra debitorului sau ca urmare a succesului unui plan de reorganizare, a plății creditorilor sau a renunțării la judecată în perioada de observație, personalitatea juridică a debitorului se păstrează. *Extincția personalității juridice antre-*

nează și stingerea datoriilor debitorului, precum și a obligațiilor de garanție sau a celor solidare (inclusiv a acțiunilor de regres). Cu toate acestea, efectul extinctiv poate să ducă la o îmbogățire fără just temei a asociațiilor sau a acționarilor societății radiate, motiv pentru care considerăm că foștii creditori au la îndemână o *actio de in rem verso* contra acestora, dacă sunt îndeplinite condițiile acestei acțiuni.

Raportându-ne la fiecare caz de închidere a proceduri insolvenței, prevăzut de legiuitor, putem aprecia că radierea, ca efect al închiderii procedurii, nu operează în toate cazurile, motiv pentru care vom analiza în continuare efectul radierii pentru fiecare dintre situațiile în care se poate dispune închiderea procedurii.

2.1.1. Insuficiența fondurilor – prevăzută de art. 174

56. Pentru închiderea procedurii în temeiul art. 174 din Codul insolvenței, este irelevantă cauza care a provocat insolvența debitorului^[1].

În situația în care s-a dispus închiderea procedurii în temeiul art. 174 și, totodată, s-a dispus dizolvarea prin faliment și radierea societății comerciale debitoare din registrul comerțului, nu poate fi admisă o nouă cerere de deschidere a procedurii falimentului față de același debitor, justificată cu faptul că nu a fost executată dispoziția privind radierea^[2].

Redeschiderea procedurii nu este permisă, chiar dacă creditorul nu a participat la procedură pentru că nu a fost notificat din cauză că în evidența contabilă a debitorului nu figura creanța lui^[3].

În situația în care judecătorul-sindic a închis procedura în temeiul art. 174, iar, ulterior, lichidatorul a depus un raport conform căruia debitorul a plătit integral datoriile și, ca urmare, judecătorul-sindic a rectificat sentința corespunzător raportului, este admisibil recursul creditorului împotriva acestei sentințe motivat cu aceea că debitorul nu a plătit integral creanța, iar atestarea lichidatorului este contrară realității^[4].

În practica judiciară s-a reliefat pregnant importanța măsurii radierii societății debitoare din Oficiul Registrului Comerțului, în acest caz de închidere a procedurii, deoarece în cazul omisiunii dispunerii acestei măsuri se pot crea situații dificil de soluționat.

Astfel, printr-o sentință pronunțată în 1997 s-a deschis procedura prevăzută de Legea nr. 64/1995, iar după o perioadă de 6 ani, în care s-a încercat redresarea societății, s-a dispus închiderea procedurii în baza art. 117 din Legea nr. 64/1995.

Mențiunea închiderii procedurii a fost înregistrată la Registrul Comerțului, însă nu și radierea societății debitoare, deoarece prin sentința de închidere a procedurii nu s-a dispus și măsura radierii, astfel încât în anul 2009, debitoarea a solicitat Registrului Comerțului repunerea în funcțiune a societății, solicitând în plus a se opera și mențiunea că starea societății este „în funcțiune” din moment ce nu a fost niciodată dizolvată și radiată. Cererea sa a fost respinsă, iar recursul formulat împotriva acestei soluții de respingere, a fost admis de către Curtea de Apel Timișoara^[5], care a reținut în motivare că din actele și probele dosarului rezultă că debitoarea nu a fost niciodată scoasă din funcțiune, fapt confirmat de judecătorii delegați care au soluționat cererile de modificare a actelor constitutive ale societății.

[1] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 1233/2010, nepublicată.

[2] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 1546/2010, nepublicată.

[3] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 1471/2010, nepublicată.

[4] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 1476/2010, nepublicată.

[5] C.A. Timișoara, dec. nr. 1630/R/2009, nepublicată.

De asemenea, continuarea activității s-a realizat ca urmare a pronunțării de către Tribunalul Timiș a încheierii nr. 35/S/2003, prin care s-a dispus închiderea procedurii declanșată împotriva debitoarei, fără a se dispune și măsura radierei acesteia, situație menținută și prin sentința civilă pronunțată în urma formulării de obiecțiuni la această încheiere, de către creditorii societății.

În condițiile în care, ca urmare a procedurii insolvenței, petenta nu a fost dizolvată și radiată din Registrul Comerțului, în mod greșit, judecătorul delegat la Oficiul Registrului Comerțului a respins cererea petentei – fosta debitoare – prin care a solicitat să fie înregistrată mențiunea că starea societății este „în funcțiune”.

2.1.2. Îndeplinirea planului – prevăzută de art. 175 alin. (1)

57. Închiderea procedurii la cererea debitorului care a propus planul de reorganizare poate fi justificată sau cu realizarea integrală a planului, sau cu imposibilitatea realizării planului, cu consecința deschiderii procedurii falimentului. Nu este admisibilă cererea debitorului de închidere a procedurii planului de reorganizare propus de el, dacă planul nu a fost executat integral, sub motiv că creditorii au renunțat la judecată sau se opun nejustificat noilor propuneri ale debitorului pentru diminuarea obligațiilor de plată față de creditori, în raport cu prevederile planului confirmat^[1].

Dacă o procedură începe ca reorganizare, dar apoi devine faliment, închiderea se va efectua conform alin. (2) al art. 175 din Codul insolvenței. După aprobarea raportului final de către judecătorul-sindic, fiind vândute toate bunurile și distribuite toate fondurile, la cererea lichidatorului, judecătorul-sindic pronunță sentința de închidere a procedurii, dispunând și radierea persoanei juridice.

Închiderea procedurii nu este admisibilă în condițiile în care nu există certitudinea plății integrale a tuturor creanțelor, pentru că sentința prin care s-a stabilit cuantumul uneia dintre creanțe nu este irevocabilă, fiind atacată cu recurs^[2]. Procedura de faliment se va închide după ce judecătorul-sindic va aproba raportul final, fondurile sau bunurile din averea debitorului fiind distribuite, iar cele nereclamate fiind consemnate în cont bancar. Deodată cu închiderea procedurii, la cererea lichidatorului, judecătorul-sindic va dispune și radierea persoanei juridice.

Așadar, ca efecte ale închiderii procedurii în acest caz prevăzut de legiuitor, remarcăm faptul că în ipoteza prevăzută de art. 175 alin. (1), debitoarea nu este radiată, iar în ipoteza prevăzută de art. 175 alin. (2), se dispune radierea debitoarei din Registrul Comerțului.

2.1.3. Stingerea datoriilor debitorului – prevăzută de art. 175

58. Dacă, pe parcursul procedurii, creanțele prezentate au fost complet acoperite prin distribuirile făcute, judecătorul-sindic poate dispune închiderea procedurii și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat chiar înainte ca bunurile din averea debitorului să fi fost lichidate în întregime, în cazul în care toți asociații persoanei juridice sau persoana fizică, după caz, solicită acest lucru în termen de 30 de zile de la notificarea

^[1] C.A. Cluj, dec. nr. 190 din 20 martie 2007, nepublicată.

^[2] C.A. Timișoara, dec. nr. 1232/R/2010, nepublicată.

lichidatorului făcută administratorului social, urmând ca bunurile să treacă în coproprietatea asociaților/acționarilor, corespunzător cotelor de participare la capitalul social.

Dacă nu sunt de acord toți asociații cu soluția de mai sus^[1], procedura se încheie numai după lichidarea completă a activului și consemnarea în cont bancar la dispoziția asociaților sau persoanelor juridice, după caz, a eventualelor sume reziduale.

Se observă că în acest caz, se prevede radierea societății debitoare, deși în condițiile în care scopul procedurii a fost atins chiar înainte ca bunurile debitoarei să fie lichidate în întregime, se poate considera că radierea societății, deci dispariția ei ca persoană juridică, este o măsură excesivă în condițiile în care atât debitoarea, cât și creditorii sunt interesați în menținerea existenței și continuării activității unei astfel de societăți.

2.1.4. Neînregistrarea creanțelor – prevăzută de art. 177

59. Procedura insolvenței fiind colectivă, după expirarea termenelor prevăzute pentru înregistrarea cererilor de admitere a creanțelor, dacă se constată că nu s-a înregistrat nicio astfel de cerere, judecătorul-sindic va pronunța o încheiere de închidere a procedurii, în situația în care procedura a fost deschisă la cererea debitorului, în condițiile art. 71.

În cazul prevăzut la art. 177 alin. (1), închiderea procedurii nu produce efectele prevăzute la art. 181. Deci, debitorul nu este descărcat de datoriile avute anterior procedurii, însă în același timp nu se dispune nici radierea societății debitoare din registrul comerțului.

Operațiunile făcute asupra averii debitorului după deschiderea procedurii și drepturile dobândite cu privire la această avere în intervalul cuprins între deschiderea procedurii și închiderea procedurii vor fi păstrate.

Într-o speță^[2], s-a dispus în temeiul art. 134 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 – corespondentul art. 177 alin. (1) din Codul insolvenței, închiderea procedurii insolvenței față de debitoare și revocarea încheierii civile prin care s-a dispus deschiderea acestei proceduri, reținând că în cauză s-au achitat toate creanțele declarate. De asemenea, a fost descărcat administratorul judiciar de orice îndatoriri și responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titularii de garanții, acționari sau asociați.

Debitoarea a formulat recurs împotriva acestei hotărâri, arătând că în mod greșit s-a dispus deschiderea procedurii pe seama sa, căci creditoarea declanșatoare deținea o creanță de doar 9.000 lei, sub valoarea prag prevăzută de lege, astfel încât datorită declanșării procedurii, a fost prejudiciată prin faptul că partenerii comerciali ai acesteia au încetat relațiile comerciale de la data publicării hotărârii de deschidere a procedurii în BPI. Pe de altă parte, debitoarea a arătat și faptul că suma pretinsă de creditoare a fost achitată.

Curtea de Apel Timișoara a admis recursul debitoarei^[3], a modificat sentința recurată și a respins cererea de declanșare a procedurii insolvenței față de debitoare, cu motivarea că această societate nu se află în insolvență, iar creanța declarată de creditoare era sub valoarea prag prevăzută de lege. Față de această speță opinăm că, pe lângă faptul că în cauză nu erau îndeplinite condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii, nici temeiul legal al închiderii procedurii nu își avea aplicabilitate în speță, deoarece apli-

[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 415.

[2] Trib. Timiș, sent. com. nr. 1171/2010, nepublicată.

[3] C.A. Timișoara, dec. com. nr. 277/2011, nepublicată.

cabilitatea art. 177 intervine atunci când nu s-a declarat nicio creanță și nu când toate creanțele datorate au fost achitate, așa cum neîntemeiat a reținut judecătorul-sindic.

Așadar, concluzionând, putem afirma următoarele:

Închiderea procedurii are ca efect continuarea existenței debitorului persoană juridică, în următoarele situații:

- îndeplinirea planului confirmat – art. 175 alin. (1) din Legea nr. 85/2014;
- nu s-a înregistrat nici o creanță – art. 177 alin. (1) din Legea nr. 85/2014;
- în perioada de observație toți creditorii înscrși în tabelul definitiv al creanțelor fie au fost integral plătiți, fie au renunțat la judecată – art. 178 din Legea nr. 85/2014.

Secțiunea a 8-a. Hotărârea de închidere a procedurii insolvenței

60. Prin sentința pronunțată de judecătorul-sindic în momentul închiderii procedurii, se dispune, după menționarea articolului în baza căruia s-a închis procedura, descărcarea lichidatorului de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la procedură, debitor și averea lui, creditorii, titulari de garanții, acționari sau asociați, plata onorariului lichidatorului și a cheltuielilor de procedură din Fondul special de lichidare constituit potrivit art. 39 din Codul insolvenței, în cazul în care nu a fost achitat din averea debitoarei.

Toate efectele închiderii procedurii despre care am făcut vorbire mai sus operează de la data rămânării definitive a hotărârii de închidere, însă, în hotărârea de închidere, care este de fapt o sentință, nu sunt menționate expres toate aceste efecte. Astfel, observăm că unele dintre efecte sunt menționate expres în dispozitivul hotărârii, pe când altele, cum ar fi descărcarea judecătorului-sindic de orice îndatoriri și responsabilități cu privire la procedură, nu sunt menționate expres în dispozitivul hotărârii, ci ele operează *ope legis*.

Totodată, se dispune notificarea sentinței de închidere Direcției Regionale a Finanțelor Publice sau administrațiilor județene ale finanțelor publice și Oficiului Registrului Comerțului, precum și radierea debitoarei, atunci când este cazul, din evidențele Registrului Comerțului.

Hotărârea se publică în BPI pentru îndeplinirea obligației de comunicare către creditorii procedurii. Deși legiuitorul nu specifică, apreciem că, prin publicarea în BPI, se îndeplinește procedura de comunicare pentru toți participanții la procedură și pentru orice altă persoană interesată.

61. *Contestarea hotărârii de închidere a procedurii este posibilă, de lege lata*, numai pe calea apelului prevăzut de art. 43 din Codul insolvenței. Astfel, nu se mai ridică problema existenței sau nu a vreunei modalități speciale de contestare a sentinței de închidere a procedurii. De exemplu, Legea nr. 64/1995 reglementa atât calea de atac a opoziției la închiderea procedurii, cât și pe cea a recursului la hotărârea de închidere a procedurii.

Conform dispozițiilor art. 46 alin. (1) coroborate cu cele ale art. 43 alin.(5) din Codul insolvenței, sentința de închidere a procedurii este executorie și nu poate fi suspendată de instanța de apel^[1].

^[1] St.D. Cărpănu, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 182.

În doctrină^[1] s-a apreciat că având în vedere că și această hotărâre a judecătorului-sindic este executorie, iar administratorul judiciar/lichidatorul este dezinvestit, se pune problema cine va reprezenta debitorul în recurs, mai ales când recursul este formulat chiar de către debitor. Deși problema este lipsită de o reglementare expresă, s-a apreciat că sunt aplicabile normele generale și principiile procedurii civile, care impun că un debitor aflat în procedura insolvenței (faptul că s-a exercitat un recurs și acesta este pe rol, demonstrează că procedura insolvenței nu s-a stins încă în mod irevocabil) să fie reprezentat de către administratorul judiciar sau de către lichidator.

Mai delicată este chestiunea supraviețuirii debitorului, în eventuale căi de atac, care ar urma să fie soluționate după închiderea procedurii. Dacă efectul închiderii procedurii este radierea debitorului persoană juridică și hotărârea de închidere a procedurii este executorie, atunci înseamnă că în recurs – actual apel – (și, cu atât mai mult, într-o cale de atac extraordinară de atac) debitorul este deja „*oficial decedat*”, pentru că nu mai are personalitate juridică. Totuși, măcar pentru necesitățile procedurii, „rămășițe” ale fostei persoane juridice supraviețuiesc închiderii procedurii, din moment ce debitorul va figura ca parte în apel (sau, după caz, în calea de atac extraordinară)^[2].

Dacă apelul a fost admis și s-a dispus casarea cu trimitere spre rejudecare, judecătorul-sindic care a pronunțat sentința de închidere a procedurii este definitiv dezinvestit de cauză, întrucât acesta este incompatibil, conform dispozițiilor art. 46 alin. (2) din Codul insolvenței, să rejudece cauza referitoare la închiderea procedurii, precum și orice alte chestiuni ce țin de procedura insolvenței astfel redeschisă.

Apelul poate fi introdus de orice persoană interesată, cu excepția cazului în care procedura s-a închis în urma unei proceduri contencioase, când apelul poate fi formulat doar de părțile sau intervenienții în interes propriu în acea procedură. De regulă, creditorii chirografari sau creditorii – foști acționari/asociați ai debitorului sunt persoane interesate să se opună prin apel la închiderea procedurii considerând, spre exemplu, că lichidarea s-a efectuat la o valoare mai mică decât cea de piață, că nu s-au epuizat în procedură toate mijloacele de recuperare a creanțelor lor cum ar fi acțiunea în anulare sau acțiunea în răspundere contra conducătorilor debitorului persoană juridică etc.

Într-adevăr, închiderea procedurii are ca principal efect dispariția debitorului persoană juridică și, corelativ, extincția creanțelor contra acesteia sau, în cazul debitorului persoană fizică, descărcarea de datorii.

Considerăm că, în aceleași condiții ca și cele aplicabile hotărârilor obișnuite pronunțate de judecătorul-sindic în procedura insolvenței, și sentința de închidere a procedurii este pasibilă de *căi de atac extraordinare* (contestație în anulare, revizuire), evident, cu observarea condițiilor specifice de exercițiu al acestora.

[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 704.

[2] În ce ne privește, nu suntem de acord cu această opinie, deoarece susținem că toate efectele închiderii procedurii consemnate în sentința de închidere operează *de la pronunțare*, sentința judecătorului-sindic fiind, conform art. 46 alin. (1) din Codul insolvenței, *executorie*, mai mult decât atât, închiderea procedurii nu se regăsește printre situațiile în care Curtea de Apel poate acorda suspendarea facultativă, conform dispozițiilor art. 43 alin. (5) din același act normativ.

CAPITOLUL XV. RĂSPUNDEREA PENTRU INTRAREA DEBITORULUI ÎN INSOLVENȚĂ

Secțiunea 1. Considerații generale

§1. Preliminarii

1. Insolvența debitorului este, în mod frecvent, dublată de insolvabilitatea sa. Procedura insolvenței instituie două instrumente principale pentru corectarea acestui din urmă dezechilibru patrimonial. Alături de anularea actelor încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor anterior deschiderii procedurii, mijloc care permite lipsirea de efecte a operațiunilor frauduloase și readucerea în avere a debitorului a unor sume de bani sau a altor bunuri, legea instituie o formă specială de răspundere în sarcina persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului. Această răspundere este menită să asigure acoperirea pasivului debitorului insolvent în cazul în care ajungerea în insolvență este imputabilă anumitor persoane^[1].

Atunci când starea de insolvență este generată de efectuarea unor operațiuni care au condus la pierderea unor elemente de activ, la crearea unor elemente fictive de pasiv sau la deturnarea activității debitorului de la cursul său normal, pasivul neacoperit al debitorului, care echivalează în cadrul procedurii insolvenței cu un prejudiciu cauzat creditorilor, poate fi reparat prin angajarea răspunderii persoanelor care, prin activitatea desfășurată, au contribuit la instalarea insolvenței debitorului.

§2. Rațiunile răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență

2. Persoanele învestite cu atribuții de administrare și control al afacerii, în calitate de membri ai organelor unipersonale sau colegiale de conducere și supraveghere a activității debitorului persoană juridică, trebuie să-și îndeplinească obligațiile pe care le au față de acesta cu diligență, prudență și loialitate. Administratorul este ținut să acționeze cu bună-credință, în urma unei judecăți oneste și informate, urmărind scopul social și exercitându-și puterile de administrare în interesul societății.

Administratorul unei societăți *in bonis* se bucură, în ceea ce privește răspunderea sa față de societate pentru activitatea desfășurată, de protecția oferită de *regula judecății de afaceri*^[2], care impune ca acțiunile în răspundere promovate de societate sau de

^[1] Pentru analize ale răspunderii pentru intrarea în insolvență, a se vedea: I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009; Gh. Piperea, *Insolvența. Legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008; St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, *Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2008; R. Bufan, *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2001; V. Pașca, *Falimentul fraudulos. Răspundere și sancțiuni*, Ed. Lumina Lex, București, 2005; I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006; N. Tândăreanu, *Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006. Comentarii, doctrină, jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

^[2] Regula judecății de afaceri (*business judgment rule*) este consacrată de art. 144¹ din *Legea societăților* nr. 31/1990. Pentru o analiză a impactului regulii judecății de afaceri asupra procedurii insolvenței, a se vedea

asociați/acționari să fie cenzurate în condiții special adaptate la circumstanțele mediului de afaceri: administratorul este exonerat de răspundere, chiar dacă decizia sa de afaceri a prejudiciat societatea, în măsura în care la adoptarea deciziei a fost în mod rezonabil îndreptățit să considere că acționează în interesul societății și pe baza unor informații adecvate, respectând standardele diligenței și prudenței unui bun proprietar. Aplicarea regulii judecății de afaceri este exclusă atât în cazul deciziilor de afaceri intenționat eronate, adoptate cu încălcarea obligației de loialitate, cât și în ipotezele de *culpa lata* care, prin gravitate, sunt atât de îndepărtate de un scop rațional de afaceri, încât nu pot caracteriza o persoană diligentă și prudentă. În toate celelalte cazuri de culpă în administrare, prejudiciul rămâne să fie suportat de societate, ca pierdere cauzată de erori de management neimputabile administratorului. Cu alte cuvinte, aceste pierderi sunt suportate de asociații/acționarii care l-au mandatat pe administrator, asumându-și riscurile pe care le implică această alegere^[1].

Există, însă, și situații în care efectele prejudiciabile ale deciziei de afaceri depășesc granițele patrimoniilor societății și ale asociaților/acționarilor acesteia, extinzându-se asupra creditorilor sociali. Aceștia din urmă se pot găsi în imposibilitate să-și recupereze creanțele pe care le dețin asupra societății aflate în stare de insolvență în cazul în care respectiva conjunctură a patrimoniului social este asociată cu un dezechilibru structural, insolvabilitatea. Procedura insolvenței tratează aceste situații prin intermediul acțiunii în răspundere pentru intrarea în insolvență, care permite obligarea persoanelor cărora le este imputabilă apariția stării de insolvență la plata acelei părți din pasivul neacoperit în urma lichidării activelor companiei care se află în legătură de cauzalitate cu faptele lor ilicite, cu conservarea protecției oferite de regula judecății de afaceri.

Prin efectele pe care le poate avea antrenarea acestei răspunderi asupra patrimoniilor administratorilor, dar și asupra persoanei acestora, riscul angajării răspunderii personale a administratorilor debitorilor persoane juridice pentru pasivul neacoperit constituie un factor disuasiv atât în raport cu săvârșirea de către aceștia a unor fapte ilicite care să contribuie la instalarea stării de insolvență, cât și cu decizia aceluiași administratori de a solicita deschiderea procedurii insolvenței numai pentru a evita executările silite individuale ale creditorilor.

§3. Contextul legislativ

3. Reglementările anterioare ale acestui instrument de reîntregire a averii debitorului (art. 137 și urm. din Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului; art. 138 și urm. din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței) au fost criticate pentru ineficiența lor, pe care orientările jurisprudențiale nu au reușit să o surmonteze. Printre aspectele criticate se regăseau atât chestiuni de drept material, cât și probleme de procedură: din prima categorie făceau parte caracterul limitativ al enumerării

L. Bercea, Noi standarde de comportament în afaceri? *Business judgment rule* și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale, în C.J. nr. 7/2014.

[1] Pentru o analiză a condițiilor și efectelor regulii judecății de afaceri în sistemul de origine, a se vedea L. Fairfax, The Sarbanes-Oxley Act as Confirmation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations, în St. John's Law Review, vol. 76, nr. 4, 2002, p. 960; S.M. Bainbridge, The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, în Vanderbilt Law Review, vol. 57, nr. 1, 2004, p. 83 și urm.; F. Shu-Acquaye, Smith v. Van Gorkom Revisited: Lessons Learned in Light of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, în DePaul Business and Commercial Law Journal, vol. 3, 2004, p. 39; L.P.Q. Johnson, Corporate Officers and the Business Judgment Rule, în The Business Lawyer, vol. 60, 2005, p. 456 și urm.

faptelor ilicite pentru care se putea angaja răspunderea și omiterea din această listă a unor categorii de ilicit frecvent întâlnite în mediul de afaceri; adoptarea unei teze restrictive asupra legăturii de cauzalitate între faptele ilicite și starea de insolvență; echivocitatea limitelor părții din pasiv la plata căreia puteau fi obligate persoanele responsabile; ambiguitatea modului de calcul al termenului special de prescripție în materie; ineficiența răspunderii civile patrimoniale, în absența unor sancțiuni de ordin nepatrimonial; în cea de-a doua categorie puteau fi încadrate dificultățile legate de promovarea acțiunii de către comitetul creditorilor; absența unei corelații între judecarea acțiunilor în anularea actelor frauduloase încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței și acțiunile în angajarea răspunderii pentru starea de insolvență; absența unei corelații între judecarea acțiunilor în angajarea răspunderii pentru starea de insolvență și închiderea procedurii.

Dispozițiile Codului insolvenței, cuprinse în Secțiunea a 8-a, „Atragerea răspunderii pentru intrarea în insolvență”, Capitolul I „Dispoziții comune” al Titlului al II-lea al legii, „Procedura insolvenței”, înregistrează o tendință de agravare a răspunderii membrilor organelor de conducere și de supraveghere ale debitorului pentru intrarea în insolvență în același timp înlăturând unele dintre inconsistențele reglementării anterioare.

Secțiunea a 2-a. Răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență. Condițiile

§1. Domeniul de aplicare a răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență

4. Problema unei răspunderi speciale a persoanelor care au contribuit la starea de insolvență se pune numai în cazul debitorului persoană juridică, a cărei activitate se află, prin ipoteză, sub controlul unor organe unipersonale sau colegiale investite cu atribuții de conducere și de supraveghere. Persoanele care compun aceste organe pot fi chemate să răspundă în situația în care își exercită atribuțiile de administrare executivă sau neexecutivă în mod fraudulos (*wrongful trading*). Totodată, este posibilă antrenarea în aceleași condiții a răspunderii pentru obligațiile sociale în sarcina asociatului/acționarului „activ”, care a abuzat de personalitatea juridică distinctă a societății și de beneficiul limitării răspunderii (*piercing the corporate veil*).

Codul insolvenței limitează expres *domeniul de aplicare* a răspunderii pentru starea de insolvență la debitorii persoane juridice, art. 169 alin. (1) făcând referire la acoperirea pasivului „debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență” (s.n.). Răspunderea reglementată de art. 169-173 poate fi angajată, așadar, în sarcina persoanelor care au contribuit la insolvența *persoanelor juridice care au calitatea de profesionist*: persoanele juridice înregistrate în registrul comerțului (societățile reglementate de Legea societăților nr. 31/1990, companiile naționale și societățile naționale, regiile autonome, grupurile de interes economic, societățile cooperative, organizațiile cooperatiste; societățile europene, societățile cooperative europene și grupurile europene de interes economic cu sediul principal în România), persoanele juridice înregistrate în registrul societăților agricole (societățile agricole reglementate de Legea nr. 36/1991 privind societățile agricole și alte forme de asociere în agricultură), persoanele juridice înregistrate în registrul asociațiilor și fundațiilor (asociațiile și fundațiile reglementate de O.G. nr. 26/2000 cu privire la asociații și fundații) etc. Codul insolvenței prevede dispoziții speciale în ceea

ce privește regimul răspunderii pentru insolvența instituțiilor de credit (art. 235-236) și a societăților de asigurare/reasigurare (art. 268-270), care au caracter derogator față de prevederile art. 169-173.

§2. Persoanele răspunzătoare pentru intrarea debitorului în insolvență

5. Debitorul persoană juridică își desfășoară activitatea sub conducerea și supravegherea unor organe, unipersonale sau colegiale, investite cu atribuții de administrare și control al afacerii. Proprietarii afacerii (asociații/acționarii) își limitează, în general, răspunderea pentru obligațiile sociale, apelând la forme ale corporațiilor care le conferă această protecție (societăți pe acțiuni sau societăți cu răspundere limitată), iar, în măsura în care nu intervin abuziv în administrarea afacerii, beneficiul limitării răspunderii le este asigurat și în ipoteza în care persoanei juridice îi este aplicată procedura insolvenței. În schimb, răspunderea pentru obligațiile sociale poate fi activată în sarcina persoanelor pe care proprietarii afacerii le-au investit cu puterea de administrare și control, în măsura în care starea de insolvență a debitorului persoană juridică este imputabilă acestor persoane. Mai mult, răspunderea poate fi angajată și în sarcina altor persoane care au contribuit la insolvența debitorului, chiar dacă nu făceau parte în mod formal din organele de conducere și supraveghere.

În actuala reglementare, orice persoană care a contribuit la starea de insolvență a debitorului poate fi chemată să răspundă pentru prejudiciul cauzat acestuia, în scopul acoperirii pasivului.

Conform art. 169 alin. (1), „judecătorul-sindic poate dispune ca o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă, să fie suportată de *membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății*, precum și de *orice alte persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului*” (s.n.).

Analitic, „organele de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății” la care face referire textul legal diferă în funcție de forma juridică a societății și de sistemul de administrare adoptat de aceasta. Cazurile societății pe acțiuni și societății cu răspundere limitată sunt cele mai relevante din perspectiva diferențelor structurale în compunerea organelor de administrare. Astfel, *societatea pe acțiuni* este administrată în *sistem unitar* prin unul sau mai mulți administratori, aceștia din urmă constituind un consiliu de administrație [art. 137 alin. (1) din Legea nr. 31/1990], care poate delega conducerea societății unuia sau mai multor directori, numiți dintre administratori (caz în care administratorii neexecutivi trebuie să rămână majoritari) sau din afara consiliului de administrație [art. 143 alin. (1) și (2) din Legea nr. 31/1990]. În *sistem dualist*, societatea pe acțiuni este administrată de un directorat și un consiliu de supraveghere [art. 153 alin. (1) din Legea nr. 31/1990], caz în care directoratul își exercită atribuțiile de conducere a societății sub controlul consiliului de supraveghere [art. 153¹ alin. (1) și (2) din Legea nr. 31/1990]. La rândul său, *societatea cu răspundere limitată* este administrată de unul sau mai mulți administratori, asociați sau neasociați [art. 197 alin. (1) din Legea nr. 31/1990].

6. Relația dintre atribuțiile de conducere și cele de supraveghere, în sensul textului art. 169 alin. (1), trebuie analizată, în principal, în contextul *structurilor de administrare executivă sau neexecutivă* ale societăților menționate anterior^[1], întrucât, în mod uzual,

[1] I. Turcu, op. cit., p. 665.

persoanele investite cu puteri de administrare și control al afacerii (administratori, membri ai consiliului de administrație, directori, membri ai consiliului de supraveghere, membri ai directoratului) sunt cele care se află în poziția de a săvârși fapte ilicite de natură să conducă la insolvența societății. Nu este exclusă, însă, angajarea răspunderii în sarcina *organelor de supraveghere a gestiunii societății*, în sensul Legii nr. 31/1990 (cenzorii, respectiv auditorii financiari), în măsura în care persoanele care exercită aceste atribuții contribuie la starea de insolvență.

Vor putea fi chemate să răspundă pentru faptele lor ilicite atât persoanele care se găsesc în funcție la data deschiderii procedurii insolvenței, cât și cele care au îndeplinit anterior respectivele funcții. *Încetarea mandatului*, indiferent dacă au fost sau nu efectuate formalitățile de publicitate prin intermediul registrului comerțului, nu îl exonerează de răspundere pe administrator^[1].

7. Categoria „altor persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului” include, în primul rând, *administratorii aparenți*: administratorii al căror mandat a încetat prin împlinirea termenului sau prin revocare, dar care continuă să acționeze în această calitate, în condițiile în care nu au fost efectuate formalitățile de publicitate a încetării mandatului sau administratorii care au fost desemnați, fără a fi efectuate formalitățile de publicitate a numirii^[2]; administratorii *de facto*, respectiv acele persoane care nu sunt desemnate în mod formal ca administratori, dar care se prezintă și acționează în această calitate, inclusiv asociații sau acționarii implicați în gestionarea activității societare.

În al doilea rând, din această categorie fac parte *administratorii din umbră*, respectiv acele persoane care nu sunt desemnate în mod oficial în funcția de administrator și care nu se prezintă în această calitate, dar la instrucțiunile cărora acționează efectiv debitorul sau conducerea acestuia^[3].

Totodată, pot fi chemate să răspundă persoanele care nu au primit și nu au exercitat atribuții de administrare, dar care, prin activitatea desfășurată în cadrul societății, au contribuit la starea de insolvență, cum sunt *directorii unor departamente* (financiar, achiziții, comercial etc.)^[4].

Nu poate fi angajată răspunderea persoanelor care influențează în mod indirect administrarea afacerii, cum sunt consultanții (consilieri, avocați) sau finanțatorii (instituțiile de credit sau alte instituții financiare), în măsura în care s-au aflat în poziția de a influența deciziile managementului debitorului, dar nu s-au substituit acestuia.

§3. Natura juridică a răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență

8. Răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență este o *răspundere subiectivă, pentru fapta proprie*. Interesul calificării răspunderii civile ca având natură contractuală sau delictuală ține în special de întinderea reparației, în cazul răspunderii delictuale repararea integrală a prejudiciului presupunând, conform art. 1385 NCC, acordarea de despăgubiri pentru pierderea suferită de cel prejudiciat, pentru câștigul pe care în

^[1] *Idem*, p. 668; St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 442.

^[2] C.A. Suceava, s. com., dec. nr. 54 din 25 ianuarie 2007, în R.D.C. nr. 4/2013, p. 81-82.

^[3] Situația administratorilor *de facto* și a celor din umbră a fost prezentată critic în Raportul Băncii Mondiale privind respectarea standardelor și codurilor. Regimul juridic al insolvenței și drepturile creditorilor/debitorilor, aprilie 2014, www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/romania/ros/ICR%20-%20ROSC_English_version.pdf, susținându-se în mod eronat că legea nu reglementează clar răspunderea acestora.

^[4] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 428.

condiții obișnuite ar fi putut să-l realizeze și de care a fost privat și pentru cheltuielile pe care le-a făcut pentru evitarea sau limitarea prejudiciului.

Doctrina și jurisprudența au oferit soluții eterogene la întrebarea dacă răspunderea specială pentru insolvență reprezintă o răspundere civilă contractuală sau delictuală. În principiu, natura răspunderii va fi determinată de sursa obligației încălcate^[1]: în cazul în care între părți (debitorul persoană juridică, respectiv persoana care a contribuit la starea de insolvență) există raporturi contractuale și se încalcă o obligație prevăzută de contract sau de actul constitutiv ori de hotărârea organelor statutare prin care persoana respectivă a fost desemnată în funcție, răspunderea are *natură contractuală*; în lipsa contractului sau în cazul în care se încalcă o obligație prevăzută de lege, se reactivează *răspunderea civilă de drept comun, delictuală*; dacă fapta ilicită constituie infracțiune, răspunderea are, potrivit legii, *natură delictuală*. Jurisprudența apreciază, în schimb, cvasi-unanim, că răspunderea pentru starea de insolvență este o *răspundere civilă delictuală specială pentru fapta proprie*.

§4. Condițiile răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență

9. Angajarea răspunderii pentru intrarea debitorului în insolvență poate fi dispusă dacă sunt îndeplinite condițiile răspunderii civile pentru fapta proprie (fapta ilicită, prejudiciul, legătura de cauzalitate dintre acestea, vinovăția), particularizate prin elementele speciale prevăzute de lege.

4.1. Fapta ilicită

10. Organele de conducere și supraveghere ale societății răspund pentru *faptele ilicite săvârșite în exercitarea mandatului*. Riscul ca aceste persoane să răspundă pentru starea de insolvență nu trebuie, însă, să împiedice asumarea de riscuri comerciale rezonabile sau eforturile antreprenoriale pe care le presupune cursul normal al unei activități economice și nici gestionarea eficientă a situației de dificultate financiară în fazele sale incipiente.

4.1.1. Faptele ilicite prevăzute expres de lege

11. Răspunderea specială a persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului persoană juridică poate fi angajată în cazul săvârșirii faptelor ilicite prevăzute expres de art. 169 alin. (1) lit. a)-g). Legea enumeră anumite categorii de ilicit care constituie în mod frecvent cauzele unei insolvențe frauduloase.

a) *Fapta de a folosi bunurile sau creditele persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane* [art. 169 alin. (1) lit. a)]. Utilizarea frauduloasă de către persoana responsabilă poate avea ca obiect orice bun al societății, indiferent de natura acestuia. Intră în această categorie de ilicit folosirea bunurilor societății într-un scop contrar interesului social, de pildă în interesul persoanei responsabile sau al unei alte societăți în care persoana responsabilă are interese; creditarea de către societate a unei alte societăți în care persoana responsabilă are interese; efectuarea unor cheltuieli personale din fondurile societății; nedecontarea avansurilor încasate de la societate; constituirea unei garanții de către societate pentru garantarea datoriilor personale sau a datoriilor unei

[1] I. Turcu, op. cit., p. 672.

alte societăți în care persoana responsabilă are interese; încasarea efectelor de comerț emise în favoarea societății de către debitorii acesteia^[1] etc. Textul legal persistă într-o eroare terminologică, prin utilizarea sintagmei „au folosit (...) *creditele* persoanei juridice”, în locul celei de „au folosit (...) *creditul* persoanei juridice” (*s.n.*), unde credit ar trebui să aibă semnificația de capacitate de a acoperi datoriile, solvabilitate, iar nu pe cea de sumă de bani aflată, cu titlu de împrumut, la dispoziția unei persoane^[2]. În acest din urmă caz, banii fiind bunuri, alăturarea bunurilor și a sumelor de bani ar fi redundantă. Inconsistența în exprimare riscă să aibă ca efect limitarea sferei de aplicare a textului legal, prin excluderea ipotezei în care persoana responsabilă profită de bonitatea financiară a societății, fără să folosească bunurile acesteia, prin angajarea semnăturii sociale și expunerea societății la eventualitatea unor obligații de plată care exced cursului normal al activității sale^[3] (ca în exemplul anterior privind constituirea unei garanții reale sau personale de către societate pentru garantarea datoriilor personale ale administratorului sau ale unei societăți în care acesta are interese). În cazul tranzacțiilor efectuate în cadrul unui grup de societăți, se impune evaluarea contextului economic al operațiunilor efectuate, respectiv aprecierea existenței unui veritabil interes al grupului^[4], pentru a decide dacă are caracter abuziv concursul financiar sau material dat de debitor celorlalte societăți din grup.

b) *Fapta de a face activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice* [art. 169 alin. (1) lit. b)]. Loialitatea față de societatea administrată este incompatibilă cu desfășurarea de către administrator a unor activități economice în interes personal. Sunt incluse în această categorie operațiunile economice speculative efectuate de persoana responsabilă în interes propriu, dar profitând de personalitatea juridică distinctă a societății, deci cu nerespectarea imperativului loialității în raport cu societatea administrată, care devine responsabilă pentru obligațiile născute cu ocazia acestor tranzacții sau pierde profitul rezultat din acestea: achiziții sau vânzări de bunuri de către administrator sub firma societății; subcontractarea unor activități de producție, comerț sau prestări de servicii contractate de societate în beneficiul unei societăți în care administratorul are interese etc.

c) *Fapta de a dispune, în interes personal, continuarea unei activități care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți* [art. 169 alin. (1) lit. c)]. Sfera de aplicare a textului include atât luarea unei decizii privind continuarea desfășurării unei activități de afaceri, cât și omisiunea de a lua decizia de a sista activitatea de afaceri care conducea la starea de insolvență. Consecința continuării activității, încetarea de plăți, trebuie să fie „vădită”, deci evidentă, raportat la standardele de diligență și prudență ale bunului proprietar. Continuarea activității trebuie să aibă ca resort interesul propriu al persoanei responsabile, cu consecința încălcării obligației de loialitate față de societate. Motivul pentru care legiuitorul a limitat angajarea răspunderii pentru această faptă la cazurile în care se dovedește săvârșirea ei „în interes personal” ține probabil de delimitarea pe care a urmărit să o traseze între ipoteza în care persoana responsabilă dispune continuarea activității în speranța legitimă a redresării afacerii și cea în care motivul acestei decizii rezidă în interesul personal de a se menține în funcție și a profita de consecințele

[1] I. Turcu, op. cit., p. 676; I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 786.

[2] Textul poate fi comparat cu art. 272 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 31/1990: „folosește, cu rea-credință, bunuri sau *creditul* de care se bucură societatea” (*s.n.*).

[3] I. Turcu, op. cit., p. 679.

[4] *Idem*, p. 687.

patrimoniale ale acesteia. Efectul acestei limitări este înlăturarea răspunderii administratorilor pentru neglijență sau imprudență, întrucât interesul personal presupune intenția de fraudă, excluzând culpa. Răspunderea poate fi angajată în cazul în care continuarea activității a fost dispusă pentru ca administratorul să încaseze remunerațiile aferente funcției sale pentru o perioadă de timp cât mai îndelungată^[1]. Răspunderea nu va fi angajată în sarcina administratorului în cazul în care continuarea activității a fost dispusă de asociatul/acționarul majoritar^[2].

d) *Fapta de a ține o contabilitate fictivă, de a face să dispară unele documente contabile sau de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea* [art. 169 alin. (1) lit. d)]. Înregistrarea contabilă exhaustivă, sistematică și cronologică a operațiunilor efectuate și a bunurilor aflate în patrimoniul societății servește drept instrument de evidențiere și verificare a activității economice desfășurate de societate. Cu toate că sintagma „nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea” ar fi fost suficientă pentru a include toate ipotezele de ilicit în raport cu prevederile Legii contabilității nr. 82/1991 și a celorlalte acte normative în materie, legea adaugă explicit ipotezele cele mai frecvente, respectiv ținerea unei contabilități fictive, care nu reflectă realitatea activității economice desfășurate, și dispariția documentelor contabile în scopul ascunderii acestei realități. Sunt ipostaze ale acestei fapte omisiunea înregistrării în contabilitate a unor operațiuni efectuate de societate sau a unor bunuri aflate în patrimoniul acesteia; înscrierea denaturată a operațiunilor economice desfășurate de societate sau a drepturilor pe care aceasta le are asupra anumitor bunuri; înregistrarea în contabilitate a unor tranzacții nereale, în absența documentelor justificative sau pe baza unor documente justificative falsificate^[3] etc. Cu această faptă este asimilată *de lege lata* și fapta de a nu preda documentele contabile ale societății către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, subsecvent deschiderii procedurii insolvenței, analizată *infra*, pct. 4.1.2.

e) *Fapta de a deturna sau de a ascunde o parte din activul persoanei juridice ori de a mări în mod fictiv pasivul acesteia* [art. 169 alin. (1) lit. e)]. Anticipând valorificarea de către creditori, individual sau concursual, a creanțelor pe care le dețin față de societate, administratorul le poate frauda interesele prin deturnarea unor elemente de activ patrimonial sau crearea fictivă a unor elemente de pasiv. Pot fi incluse în această categorie faptele de înstrăinare a unor active în scopul sustragerii acestora de la urmărirea de către creditori; încasarea veniturilor sau preluarea bunurilor din activitatea de afaceri și neînregistrarea lor în evidențele societății; încasarea de către persoana responsabilă a unor remunerații abuzive; transferurile de proprietate către un creditor pentru stingerrea unei datorii anterioare, dacă modalitatea de încasare a prețului este vădit dezavantajoasă pentru debitor sau dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer; înregistrarea în evidențele societății a unor datorii fictive, rezultate din tranzacții nereale, în scopul de a majora pasivul^[4].

f) *Fapta de a folosi mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți* [art. 169 alin. (1) lit. f)]. Pentru a evita, temporar, înnunirea condiției esențiale pentru deschiderea procedurii insolvenței, încetarea de plăți, administratorul poate încerca să procure fonduri bănești pe care să le utilizeze pentru a

^[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 433.

^[2] C.A. Craiova, s. a II-a civ., dec. nr. 355 din 26 martie 2013, în R.R.J. nr. 4/2013, p. 68.

^[3] I. Turcu, op. cit., p. 692.

^[4] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 436.

stinge datoriile exigibile. Procurarea acestor sume de bani, sub presiunea încetării iminente a plăților, se face în mod frecvent în condiții mai dezavantajoase decât cele ale unei tranzacții încheiate în circumstanțe normale. Sfera de aplicare a textului vizează orice acte de transfer sau asumarea de obligații prin care se procură fonduri pentru debitorul aflat în insolvență iminentă, încheiate în condiții de ruinare, dezechilibrate față de condițiile pieței, și cu intenția de a întârzia starea de insolvență: înstrăinarea pe prețuri derizorii, disproporționate în raport cu valoarea de piață, a unor elemente de activ; contractarea de împrumuturi, eventual garantate, cu o dobândă vădit dezavantajoasă etc.

g) *Fapta de a plăti sau de a dispune să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori, în luna precedentă încetării plăților* [art. 169 alin. (1) lit. g)]. Legea urmărește sancționarea plăților anticipate ale datoriilor, respectiv ale acelor obligații pentru care scadența fusese stabilită pentru o dată ulterioară, întrucât se produc dezechilibre în raporturile dintre creditorii de același rang. Fapta este aptă să contribuie la apariția stării de insolvență numai în măsura în care, pe de o parte, datoria plătită în mod preferențial nu era exigibilă, în timp ce, pe de altă parte, debitorul avea alte datorii scadente care, ca efect al neachitării la termen, au făcut să fie îndeplinite condițiile deschiderii procedurii insolvenței.

12. Pe baza enumerării faptelor ilicite pentru care poate fi angajată răspunderea, cuprinse în textul art. 169 alin. (1), pot fi delimitate două *categorii de ilicit*: fapte ilicite care prejudiciază în mod direct debitorul în insolvență și în mod indirect creditorii acestuia (spre exemplu, folosirea bunurilor debitorului în interes propriu, continuarea unei activități ruinătoare etc.); fapte ilicite care prejudiciază în mod direct creditorii și în mod indirect debitorul în insolvență (de pildă, plata cu preferință a unora dintre creditori în detrimentul celorlalți).

Una și aceeași faptă poate primi calificări multiple, în funcție de circumstanțele în care a fost săvârșită. Fapta de a înstrăina active ale debitorului sub valoarea de piață a acestora poate constitui fie folosire a bunurilor persoanei juridice în folosul propriu sau în cel al unei alte persoane, fie deturnare a unei părți din activul persoanei juridice, fie folosire de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întâzierii încetării de plăți. Distincția dintre aceste ipoteze alternative poate fi făcută prin raportare la circumstanțele în care actul a fost încheiat: existența unui interes personal al administratorului în tranzacție, intenția fraudării creditorilor, respectiv încercarea de a temporiza survenirea stării de insolvență.

Pe planul dreptului penal, mai multe dintre faptele enumerate de art. 169 alin. (1) constituie *infrațiuni*. Exemplul relevant este cel al bancrutei frauduloase, pedepsite de art. 241 NCP în una dintre următoarele variante de ilicit comis în fraudă creditorilor: falsificarea, sustragerea sau distrugerea evidențelor debitorului [care se suprapune parțial peste fapta sancționată de art. 169 alin. (1) lit. d)] ori ascunderea unei părți din activul averii debitorului [care se corelează cu fapta prevăzută de art. 169 alin. (1) lit. e)]; înfățișarea de datorii inexistente sau prezentarea în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară a unor sume nedatorate [suprapusă parțial peste faptele pentru care se poate angaja răspunderea în temeiul art. 169 alin. (1) lit. d) și e)]; înstrăinarea, în caz de insolvență a debitorului, a unei părți din active [corelativul din materie penală al faptei de la art. 169 alin. (1) lit. e)].

Aplicarea răspunderii pentru starea de insolvență asociatului „activ” care, în fraudă creditorilor, a abuzat de personalitatea juridică distinctă a societății și de beneficiul

limitării răspunderii (*piercing the corporate veil*), se impune a fi, la rândul său, corelată cu condițiile art. 237¹ alin. (3) și (4) din Legea nr. 31/1990, fiind angajată în principal atunci când asociatul dispune de bunurile societății ca și cum ar fi bunurile sale proprii sau dacă diminuează activul societății în beneficiul personal ori al unor terți, cunoscând sau trebuind să cunoască faptul că în acest mod societatea nu va mai fi în măsură să își execute obligațiile.

4.1.2. Alte fapte ilicite care au contribuit la starea de insolvență

13. Enumerarea legală a faptelor ilicite care pot determina angajarea răspunderii avea un caracter limitativ sub imperiul reglementărilor anterioare, ceea ce împiedica antrenarea răspunderii pentru alte fapte decât cele enunțate de lege. Enumerarea faptelor ilicite nu putea fi extinsă prin analogie, textul fiind de strictă interpretare.

Completarea listei inițial exhaustive, în noua reglementare a procedurii insolvenței, cu un element final de natură generică [*„orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului, constatată conform prevederilor prezentului titlu” – s.n. –, text prevăzut de art. 169 alin. (1) lit. h)], transformă caracterul limitativ al enumerării într-unul exemplificativ și modifică substanțial câmpul de aplicare a răspunderii pentru starea de insolvență, din perspectiva factorilor de conduită. Răspunderea nu va mai fi limitată la faptele ilicite enumerate de text, ci va putea fi angajată pentru orice comportament ilicit intenționat al persoanelor cărora le este imputabilă starea de insolvență.*

Orice încălcare de către administrator, cu bună-știință, a dispozițiilor legale sau a clauzelor contractuale de care este ținut în exercitarea funcției sale va angaja răspunderea acestuia, în măsura în care sunt îndeplinite și celelalte condiții ale răspunderii. În consecință, unele dintre faptele pentru care se încerca în doctrină și jurisprudență o asimilare cu cele prevăzute expres de lege vor putea determina antrenarea răspunderii.

Exemplul care a primit rezolvarea cea mai tranșantă privește *fapta de a nu preda documentele contabile ale societății către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar*, cu încălcarea obligației legale subsecvente deschiderii procedurii, care se încerca a fi asimilată cu fapta de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea, prevăzută expres de normă. Corelativ acestei echivalări se punea problema nașterii unei prezumții privind încălcarea obligației de a ține contabilitatea în conformitate cu legea^[1]. În actuala reglementare, omisiunea de predare a documentelor contabile este explicit menționată de textul legal care sancționează persoanele care „(...) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea”, prin adăugarea la finalul acestui text a următoarei teze: „În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă” [art. 169 alin. (1) lit. d)]. Reglementarea este incompletă întrucât, în cazul omisiunii predării documentelor contabile, deși prezumă relativ culpa și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu, legea nu prezumă însăși săvârșirea faptei de a face să dispară documente contabile

[1] Asupra tendințelor jurisprudențiale din reglementarea anterioară cu privire la asimilarea omisiunii predării documentelor contabile cu fapta de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea și dificultatea antrenării răspunderii pe acest temei, din cauza imposibilității dovedirii legăturii de cauzalitate dintre faptă și starea de insolvență, D. Dobrev, Examen al practicii judiciare în materia atragerii răspunderii organelor de conducere ale debitoarei aflate în încetare de plăți. Atragerea răspunderii administratorului în condițiile art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006, în R.R.D.A. nr. 7/2012.

sau a faptei de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea, pe care textul legal le menționează expres cu titlu de fapte ilicite, situate anterior apariției stării de insolvență. Cu toate acestea, intenția legiuitorului este clară: omisiunea de predare a documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar trebuie asimilată fie faptei de a face să dispară documentele contabile ale societății, în ipoteza în care contabilitatea a fost ținută în conformitate cu legea, fie faptei de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea, în ipoteza în care documentele contabile nu au existat sau nu au fost conforme normelor contabile, ceea ce, în absența unei prezumții legale, judecătorul poate să facă pe calea unei prezumții judiciare, în condițiile art. 329 NCPC.

Fapta administratorului de a nu depune diligențele necesare pentru readucerea unor bunuri în patrimoniul debitorului sau pentru valorificarea unor creanțe era, de asemenea, pusă în discuție în contextul asimilării cu deturnarea sau ascunderea unei părți din activul persoanei juridice sau cu folosirea bunurilor sau a creditului persoanei juridice, ambele prevăzute expres de normă. Sub imperiul reglementării anterioare, asimilarea nu era posibilă, întrucât deturnarea sau ascunderea unor componente din activul persoanei juridice, ca și folosirea bunurilor sau a creditului persoanei juridice în beneficiul unei alte persoane (în raport cu care prin ipoteză autorul faptei are, direct sau indirect, un interes) presupuneau săvârșirea unor fapte comise, prin care să se disimuleze adevărata natură și apartenență a elementelor de activ. Dimpotrivă, nedepunerea diligențelor pentru valorificarea unor drepturi reprezintă o omisiune, implicând rămânerea în pasivitate a persoanei care avea obligația de a acționa în acel scop. *De lege lata*, și această faptă ar putea determina angajarea răspunderii, în măsura în care a fost săvârșită cu intenție, iar nu din neglijență (ori dacă neglijența este atât de gravă, încât se poate reține o *culpa lata*, asimilabilă intenției), și a contribuit la starea de insolvență a debitorului.

Nu poate fi angajată răspunderea pe temeiul exercitării de activități de producție, comerț sau prestări de servicii în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice, în cazul în care operațiunile de comerț au fost efectuate cu o societate controlată de administrator, dacă s-au încadrat în cursul normal al activității^[1]. Cu toate acestea, chiar dacă intervalul de timp scurs între data operațiunii și data instalării insolvenței este considerabil, punând sub semnul întrebării relația de cauzalitate, în cazul în care administratorul nu a urmărit încasarea creanțelor asupra societății în care avea interese, lăsând să se împlinească termenul de prescripție, fapta sa ar putea fi calificată drept *deturnare a unei părți din activul persoanei juridice*. În acest caz, însă, omisiunea depunerii diligențelor pentru recuperarea creanțelor va reprezenta un element circumstanțial al faptei de deturnare a activului, iar nu o formă autonomă de ilicit, ca în exemplul anterior.

Fapta de a reține la sursă obligațiile fiscale și de a nu le vira la bugetul general consolidat al statului nu poate fi calificată nici ca reprezentând folosire a bunurilor sau a creditelor persoanei juridice în beneficiul propriu sau în cel al unei alte persoane, nici ca fiind folosire de mijloace ruinoase pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți, în acest din urmă caz sub rezerva de a nu se stabili legătura dintre consecințele patrimoniale suplimentare ale omisiunii de virare a impozitelor și contribuțiilor la buget și instalarea stării de insolvență.

Greșelile de management ale administratorilor pot genera o deteriorare a situației patrimoniale a debitorului care să conducă la apariția stării de insolvență. Cu toate acestea, răspunderea persoanelor care au săvârșit erori în conducerea și supravegherea

[1] C.A. Timișoara, s. a II-a civ., dec. nr. 1559 din 26 octombrie 2009, în R.D.C. nr. 2/2011, p. 60-63.

activității societății nu poate fi angajată, întrucât textul care completează lista faptelor ilicite limitează sfera acestora printr-o cerință de ordin subiectiv referitoare la forma de vinovăție: antrenarea răspunderii poate fi făcută, potrivit art. 169 alin. (1) lit. h), pentru „orice altă faptă săvârșită *cu intenție*” (s.n.). Or, greșelile de management presupun asumarea imprudentă de riscuri sau informarea neglijentă prealabilă deciziilor de afaceri, fiind săvârșite din culpă. Numai în cazul în care încălcarea obligațiilor de diligență și de prudență este atât de gravă, încât poate fi reținută o *culpa lata*, asimilabilă intenției, se pune problema angajării răspunderii. Totuși, sancționarea administratorilor în aceste circumstanțe este necesar să fie abordată cu precauție și să rămână o măsură excepțională, potrivit standardelor guvernării corporative, întrucât mediul juridic trebuie, pe de o parte, să permită administratorilor să își îndeplinească funcțiile asumându-și riscuri, fără să existe teama constantă că vor răspunde personal față de societate și asociați/acționari pentru eventualele prejudicii, și, pe de altă parte, să îi protejeze împotriva efectelor riscului inerent presupus de o activitate, cum este cea de afaceri, care implică luarea unor decizii rapide și inovatoare într-un context informațional incomplet, în care chiar alegerile făcute diligent pot fi greșite. În consecință, dacă o decizie de afaceri a administratorului a produs prejudicii, calitatea ei și urmările produse trebuie să fie analizate contextual, *ex ante*, prin raportare la cunoștințele și informațiile la care administratorul putea avea acces, în mod rezonabil, în momentul luării deciziei, iar nu *ex post*, luându-le în considerare pe cele accesibile la momentul controlului judiciar.

4.2. Prejudicii

14. Prejudiciul care se urmărește a fi reparat prin angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență nu se confundă cu insolvența însăși. Totodată, insolvența în sine nu reprezintă un prejudiciu. Cu alte cuvinte, insolvența debitorului persoană juridică nu constituie, prin ea însăși, nici prejudiciu adus patrimoniului acestuia, nici prejudiciu cauzat patrimoniilor creditorilor. Pentru a se pune problema reparării unui prejudiciu la care au contribuit persoanele responsabile de săvârșirea faptelor ilicite analizate anterior este necesar ca *insolvența debitorului să fie dublată de insolvabilitatea sa*. Altfel, în măsura în care debitorul insolvent nu este și insolvabil, respectiv în ipoteza în care activul patrimoniului debitorului depășește pasivul acestuia, creditorii nu au niciun interes să obțină angajarea răspunderii personale a membrilor organelor de conducere și de supraveghere din cadrul societății, pentru că valorificarea elementelor de activ permite acoperirea pasivului.

Pe de altă parte, obligarea persoanelor responsabile pentru insolvența debitorului la suportarea unei părți din pasiv nu are niciun fundament dacă fapta acestora nu a cauzat un prejudiciu patrimoniului debitorului, întrucât nu ar fi îndeplinită una dintre condițiile angajării răspunderii civile.

Problema prejudiciului și, deci, a întinderii reparației la care poate fi obligată persoana responsabilă a făcut obiectul unor controverse sub imperiul vechii reglementări, putând fi decelate mai multe interpretări posibile ale sintagmei „o parte a pasivului debitorului”, la suportarea căreia putea fi obligată persoana responsabilă: a) o parte din pasiv, și anume aceea care nu e neacoperită, interpretare care nu putea fi reținută întrucât întinderea reparației, în oricare dintre formele răspunderii civile, nu poate depăși prejudiciul efectiv produs și beneficiul nerealizat, orice depășire a acestor limite transformând răspunderea dintr-una reparatorie într-una confiscatorie; b) o parte a pasivului, lăsată la

latitudinea judecătorului, interpretare care rezulta literalmente din textul de lege, defectuos redactat, dar care conducea la stabilirea întinderii reparației în mod arbitrar, fără o corelație cu prejudiciul cauzat; c) o parte a pasivului neacoperit, lăsată la latitudinea judecătorului, care este rezultatul corectării interpretării anterioare prin raportarea întinderii reparației la pasivul neacoperit, iar nu la întreg pasivul, dar caracterul arbitrar al stabilirii întinderii reparației se opunea și acestei interpretări; d) acea parte a pasivului aflată în raport de cauzalitate cu fapta ilicită, interpretare corectă, în principiu, dar care, dacă prejudiciul efectiv depășește pasivul neacoperit, ar fi putut exceda finalității răspunderii, considerată a fi acoperirea pasivului debitorului insolvent și îndeostularea creanțelor creditorilor; *a contrario*, dacă răspunderea s-ar fi limitat la acoperirea pasivului, chiar dacă prejudiciul cauzat prin fapta ilicită ar fi fost mai mare, s-ar fi derogat de la regula acoperirii integrale a prejudiciului; e) acea parte a pasivului debitorului rămas neacoperit aflată în raport de cauzalitate cu fapta ilicită, interpretare care institua derogarea analizată anterior de la regula acoperirii integrale a prejudiciului, dar care era conformă cu scopul procedurii insolvenței.

Angajarea răspunderii persoanelor care au cauzat starea de insolvență a debitorului ar trebui să se supună, în realitate, *regulii limitării răspunderii fiecărei persoane la prejudiciul cauzat cu vinovăție, prin fapta proprie*.

15. În considerarea acestui imperativ, noua reglementare realizează o clarificare a întinderii prejudiciului la repararea căruia poate fi obligată persoana responsabilă. Codul insolvenței prevede în art. 169 alin. (1) o dublă limitare a despăgubirilor, consacrată în următorii termeni: „o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență, fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă” (s.n.). Se instituie, așadar, deopotrivă, un maxim absolut – „întregul pasiv al debitorului”, pentru evitarea interpretărilor restrictive ale sintagmei anterioare „o parte a pasivului debitorului”, dar și un maxim relativ – „prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă”, în scopul conservării caracterului reparator al răspunderii și, deci, al evitării unui eventual caracter confiscator al acesteia.

Răspunderea pentru insolvență se va angaja, prin urmare, pentru acea parte din pasiv (sau, eventual, pentru tot pasivul) aflată în raport de cauzalitate cu fapta ilicită, deci care este imputabilă persoanei respective. Pe de altă parte, răspunderea pentru insolvență se va angaja pentru acea parte din pasiv (sau, eventual, pentru tot pasivul) care este neacoperită, *a contrario* sintagma „o parte sau întregul pasiv al debitorului, persoană juridică, ajuns în stare de insolvență fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă” neavând sens: referirea la prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta marchează doar limita maximă a despăgubirilor, alegerea între „o parte din pasiv” și „întregul pasiv” făcându-se în considerarea acoperirii parțiale sau a neacoperirii integrale a pasivului în urma lichidării activului.

Cu alte cuvinte, indiferent de cuantumul prejudiciului cauzat, *persoanele responsabile nu pot să fie obligate să plătească mai mult decât pasivul neacoperit*^[1]. În acest context, chestiunea angajării răspunderii numai dacă există cel puțin o parte a pasivului neacoperită are implicații semnificative asupra derulării procedurii, condiționând răspunsul la întrebarea dacă acțiunea poate fi introdusă înainte de lichidarea tuturor elementelor de activ și definitivarea tabelului de creanțe, moment în care este cunoscut pasivul

[1] I. Turcu, op. cit., p. 202; Gh. Piperea, op. cit., p. 195; St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 439; V. Pașca, op. cit., p. 104.

neacoperit. Ori, dacă întinderea reparației trebuie implicit limitată la pasivul neacoperit, admiterea cererii ar depinde de stabilirea definitivă a cuantumului rămas neacoperit din pasiv. Cu toate acestea, specificul procedurii insolvenței presupune derularea în paralel a etapelor relevante pentru stabilirea activului și a pasivului, respectiv pentru reîntregirea activului și valorificarea elementelor care îl compun, în interesul creditorilor. În consecință, nesoluționarea acțiunilor pentru valorificarea creanțelor debitorului, respectiv nefinalizarea lichidării activului nu pot împiedica formularea și soluționarea acțiunii în angajarea răspunderii pentru starea de insolvență. În măsura în care, însă, pe rolul instanțelor de judecată sau al judecătorului-sindic se află acțiuni în anularea actelor frauduloase încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței, care privesc aceleași fapte ale administratorilor pentru care se pune problema angajării răspunderii, iar aceste acțiuni nu sunt soluționate definitiv, acțiunea în răspundere poate fi suspendată în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 NCPC, dezlegarea cauzei depinzând, în tot sau în parte, de existența ori inexistența unui drept care face obiectul unei alte judecăți. Rațiunea suspendării ține de faptul că prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă ar putea fi reparat ca efect al anulării actului juridic încheiat de administrator (și, eventual, al readucerii în patrimoniul debitorului a anumitor elemente de activ), caz în care nu se mai poate dispune repararea aceluiași prejudiciu pe o altă cale, întrucât s-ar produce o îmbogățire fără justă cauză. Eficiența executării hotărârii pronunțate în acțiunea în anularea actelor frauduloase poate să pună probleme suplimentare în cazurile în care, ca efect al executării, nu se poate obține recuperarea bunurilor sau a sumelor de bani ieșite din patrimoniul debitorului sau recuperarea este parțială, din cauza insolvabilității terțului dobânditor. Nu este exclusă nici suspendarea judecării acțiunii în răspundere în ipoteza nefinalizării procedurilor de lichidare, respectiv a nesoluționării acțiunilor pentru valorificarea creanțelor debitorului, în măsura în care judecătorul-sindic apreciază că există șanse considerabile ca, în urma finalizării acestor proceduri, pasivul să fie acoperit în întregime sau într-o proporție care să influențeze soluționarea acțiunii în răspundere.

4.3. Raportul de cauzalitate

16. Răspunderea pentru insolvență se va angaja pentru acea parte din pasiv (sau, eventual, pentru tot pasivul) aflată în raport de cauzalitate cu fapta ilicită. Sintagma „fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă”, prevăzută de art. 169 alin. (1), nu are doar rolul de a stabili întinderea maximă a despăgubirilor, ci și, deopotrivă, pe cel de a stabili cerința unui raport de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul cauzat societății, care se va adăuga relației cauzale dintre fapta ilicită și apariția stării de insolvență.

Angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la insolvența debitorului este condiționată, așadar, de stabilirea cumulativă a două legături de cauzalitate.

În primul rând, răspunderea implică reținerea *raportului de cauzalitate între fapta ilicită și starea de insolvență*. Lipsa disponibilităților financiare pentru plata datoriilor exigibile trebuie să fi fost generată de fapta pentru care se atrage răspunderea^[1]. Noua reglementare extinde câmpul causal în relația dintre faptele ilicite și starea de insolvență. Prin utilizarea termenului „a contribui” în locul lui „a cauza”, în sintagma „persoane care au contribuit la starea de insolvență a debitorului” (s.n.) din art. 169 alin. (1), legea consacră teza echivalenței condițiilor în stabilirea raportului de cauzalitate. Această teză

^[1] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 440.

șterge diferențele dintre cauze și condiții, considerând că orice faptă are, în final, aceeași importanță în producerea stării de insolvență. Toți factorii cauzali sunt puși pe picior de egalitate explicativă în justificarea angajării răspunderii, producându-se, în acest fel, o lărgire a câmpului cauzal: toate condițiile care au condus la instalarea stării de insolvență sunt considerate cauzal identice și necesare pentru apariția sa. Prin urmare, fapta pentru care se angajează răspunderea trebuie să aibă calitatea de factor cauzal al stării de insolvență. De pildă, pe baza diferenței între cauză și condiție cu rol cauzal, răspunderea va putea fi antrenată atât pentru faptele membrilor organelor de conducere, cât și pentru cele ale membrilor organelor de supraveghere; atât pentru faptele frauduloase comise de membrii organelor de conducere, cât și pentru faptul că membrii organelor de conducere care le succed nu denunță activitățile frauduloase ale antecesorilor lor și nu iau măsuri pentru lipsirea lor de efecte.

În al doilea rând, răspunderea pentru starea de insolvență presupune reținerea *raportului de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciul cauzat*. Răspunderea civilă în discuție este o răspundere patrimonială pentru repararea prejudiciului cauzat printr-o faptă ilicită, finalitatea angajării răspunderii fiind una reparatorie. Aceasta este rațiunea pentru care noua reglementare adaugă sintagma „fără să depășească prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă”, care limitează despăgubirile la valoarea daunelor aflate în relație cauzală cu fapta ilicită.

Stabilirea relației de cauzalitate între fapta ilicită și starea de insolvență este, în anumite ipoteze, problematică.

Cu fapta de a ține o contabilitate fictivă, de a face să dispară unele documente contabile sau de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea poate fi asimilată omisiunea predării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, caz în care „legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă” [art. 169 alin. (1) lit. d)]. Așadar, așa cum am arătat, *legea nu prezumă decât relația cauzală între faptă și prejudiciu*, nu și pe aceea dintre fapta respectivă și starea de insolvență. Răspunderea nu va putea fi angajată în măsura în care nu există o legătură cauzală între fapta (ilicită) de a nu preda documentele contabile și starea de insolvență a debitorului^[1]. Or, cum prin ipoteză fapta ilicită respectivă este săvârșită posterior apariției stării de insolvență, iar efectul nu poate fi anterior cauzei sale, absența dublei prezumții de cauzalitate face ca textul să apară ca fiind ineficient. Dacă, însă, pe baza unei prezumții judiciare, omisiunea predării documentelor contabile este echivalată cu încălcarea obligației de a ține contabilitatea în conformitate cu legea, fapta se deplasează temporal înainte de apariția stării de insolvență, deci ar putea fi calificată drept factor cauzal al acestui efect.

Fapta de a plăti sau de a dispune să se plătească cu preferință unui creditor, în dauna celorlalți creditori, în luna precedentă încetării plăților [art. 169 alin. (1) lit. g)] pune, de asemenea, probleme pe plan cauzal. Și în această ipoteză trebuie stabilită legătura de cauzalitate între plata preferențială și instalarea stării de insolvență. În măsura în care fondurile disponibile erau insuficiente pentru datoriile exigibile sau pentru datoriile care ar fi devenit ulterior exigibile, iar starea de insolvență s-ar fi instalat oricum, nefiind provocată de tratamentul dezechilibrat al creditorilor, nu se va putea reține o relație de cauzalitate între plata preferențială a unei datorii nescadente și insolvența debitorului.

^[1] Sub imperiul Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, jurisprudența accepta cu dificultate existența unei legături de cauzalitate între fapta de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea și starea de insolvență. C.A. Craiova, s. a II-a civ., dec. nr. 355 din 26 martie 2013, în R.R.J. nr. 4/2013, p. 68.

4.4. Vinovăția

17. Principal, aplicarea regulii judecății de afaceri asigură protecția membrilor organelor de conducere și supraveghere din cadrul societății numai în cazurile care ar fi calificate, în absența regulii, drept *culpa levis* și *culpa levissima* în exercitarea mandatului, excluzând din discuție exonerarea de răspundere pentru decizii de afaceri intenționate eronate, precum și pentru *culpa lata* care, prin gravitate, este atât de îndepărtată de un scop rațional de afaceri, încât nu poate caracteriza o persoană diligentă și prudentă.

Noua reglementare a răspunderii pentru starea de insolvență extinde sfera faptelor ilicite cu o categorie generică de ilicit săvârșit în mod necesar cu intenție, prevăzută în art. 169 alin. (1) lit. h): „orice altă faptă săvârșită cu intenție, care a contribuit la starea de insolvență a debitorului, constatată conform prevederilor prezentului titlu” (s.n.). Așadar, legea nu permite angajarea răspunderii administratorilor pentru orice încălcări ale obligației de a acționa cu prudență și diligență specifică oricărei funcții de administrator, indiferent dacă aceste fapte sunt săvârșite cu intenție sau din culpă, ci pentru *orice faptă ilicită care a contribuit la starea de insolvență a societății*, cu condiția ca aceasta să fie *comisă cu intenție* (cum este, spre exemplu, fraudă în gestiunea societății), fiind exclusă răspunderea pentru faptele ilicite săvârșite din culpă (cum sunt, de pildă, erorile de management).

Textul menționat clarifică problema formei de vinovăție care trebuie întrunită în vederea antrenării răspunderii pentru *faptele expres menționate de lege*: intenția ca formă a vinovăției se impune a fi stabilită nu numai pentru „orice alte fapte” decât cele care compun enumerarea legală enunțiativă, ci și pentru acestea din urmă^[1]. Sintagma „orice altă faptă săvârșită cu intenție” servește drept referință și pentru interpretarea textelor art. 169 alin. (1) lit. a)-g): dacă art. 169 alin. (1) lit. h) sancționează „orice altă faptă săvârșită cu intenție”, faptele prevăzute la lit. a)-g) trebuie sancționate, pentru identitate de rațiune, numai dacă sunt săvârșite, la rândul lor, cu intenție. De altfel, majoritatea acestora sunt acțiuni ilicite care nu pot fi comise decât în condițiile acestei forme de vinovăție: folosirea bunurilor sau a creditelor persoanei juridice trebuie să fie făcută în beneficiul propriu sau în cel al unei alte persoane [lit. a)]; activitățile de producție, comerț sau prestări de servicii trebuie să fie desfășurate în interes personal, sub acoperirea persoanei juridice [lit. b)]; continuarea activității care ducea, în mod vădit, persoana juridică la încetarea de plăți trebuie să fie dispusă în interes personal [lit. c)]; ținerea unei contabilități fictive presupune intenția de fraudă, iar dispariția documentelor contabile trebuie să fie provocată [lit. d)]; deturnarea sau ascunderea unei părți din activul persoanei juridice ori mărirea în mod fictiv a pasivului acesteia implică, de asemenea, intenția de fraudă [lit. e)]; folosirea de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri trebuie să fie făcută în scopul întârzierii încetării de plăți [lit. f)]; în fine, plata sau dispoziția de a se plăti unui creditor, în luna precedentă încetării plăților, trebuie să se facă cu preferință, în dauna celorlalți creditori [lit. g)].

Prin urmare, referința pentru interpretare în sensul reținerii intenției ar trebui utilizată pentru singurul ilicit posibil omisiv din această enumerare, anume fapta de a nu ține contabilitatea în conformitate cu legea [lit. d)]: dacă se stabilește legătura de cauzalitate cu starea de insolvență a societății, s-ar impune angajarea răspunderii numai pentru încălcarea cu intenție a obligației legale de a ține contabilitatea, prin înlăturarea cazurilor

[1] I. Turcu, op. cit., p. 671.

de *culpa levis* și *culpa levissima* sub forma neglijenței. În această interpretare, ipotezele de vinovăție în forma *culpa lata* în ținerea contabilității, care, prin gravitate, sunt atât de departe de standardele de diligență și prudență în afaceri, pot fi asimilate încălcărilor intenționate ale obligației legale de a ține contabilitatea (*culpa lata dolo aequiparatur*).

În aceeași ordine de idei, omisiunea de valorificare a creanțelor debitorului asupra propriilor săi debitori nu va putea fi sancționată prin atragerea răspunderii în temeiul art. 169 alin. (1) lit. h) decât dacă se stabilește că este săvârșită cu intenție (spre exemplu, în cazul în care persoana responsabilă are un interes personal în societatea de la care ar trebui recuperată suma de bani care face obiectul creanței).

Consecința limitării răspunderii la cazurile de ilicit intenționat este evitarea în continuare a interacțiunii dintre regula judecății de afaceri și regimul răspunderii pentru starea de insolvență, în condițiile în care aplicarea acestei reguli exclude din câmpul său de acțiune luarea de către administrator a unei decizii intenționat eronate, în timp ce, dimpotrivă, pentru intrarea companiei în insolvență administratorul răspunde numai în cazul categoriilor de ilicit comise cu intenție.

Răspunderea administratorilor pentru starea de insolvență a companiei fiind limitată la categoria încălcărilor intenționate ale obligației de exercitare a mandatului cu loialitate și cu prudență și diligența unui bun administrator, nu conduce la o abandonare a modelului tradițional de *răspundere agravată a administratorului* pentru diferite ipostaze ale fraudei, răspunderii limitate a asociaților/acționarilor pentru riscul afacerii nefiindu-i asociată o răspundere nelimitată a administratorilor pentru erorile de management.

Există riscul ca, pe fondul protecției asigurate de regula judecății de afaceri, membrii organelor de conducere și de supraveghere ale societății să încerce să extindă sfera acestei imunități, prin crearea unei aparențe de prudență și diligență și disimularea fraudei, întrucât un efect secundar al regulii judecății de afaceri îl constituie creșterea rolului aparenței în cenzurarea deciziilor organelor de administrare: accentul este plasat pe regularitatea procesului luării deciziei, rezidând în acumularea de informații relevante privind fundamentarea economică a tranzacției, consultarea de experți și autorități de specialitate, alocarea unui interval de timp și a unei proceduri rezonabile etapei preliminară a procesului decizional, în funcție de gradul de complexitate a deciziei. Surmontarea acestui risc implică, pe plan probator, un demers judiciar deconstructivist.

4.5. Caracterul solidar al răspunderii persoanelor pentru intrarea debitorului în insolvență

18. Faptul că debitorul persoană juridică își desfășoară activitatea sub conducerea și supravegherea unor organe investite cu atribuții de administrare și control al afacerii care pot avea caracter colegial (consiliul de administrație, consiliul de supraveghere, directoratul etc.) are implicații asupra răspunderii membrilor acestor organe. Textul art. 169 alin. (4) prevede că „în caz de pluralitate, răspunderea persoanelor prevăzute la alin. (1) este *solidară*, cu condiția ca apariția stării de insolvență să fie contemporană sau anterioară perioadei de timp în care și-au exercitat mandatul ori în care au deținut poziția în care au contribuit la starea de insolvență”. Pluralitatea presupune concomitența deținerii funcțiilor respective, iar nu succesiunea în funcție (spre exemplu, condiția pluralității este întrunită în cazul unei societăți pe acțiuni conduse de un consiliu de administrație, dar nu și în cazul unei societăți pe acțiuni conduse de un singur administrator, funcție în care s-au succedat mai multe persoane). Acest sens al pluralității permite

ca o anumită faptă să fie imputabilă mai multor persoane, concomitent. Reglementarea cuprinde o eroare de formulare: condiția de ordin temporal a contemporaneității sau anteriorității ar trebui să se raporteze nu la „apariția stării de insolvență”, ci la „apariția cauzelor stării de insolvență” sau la „săvârșirea faptelor care au contribuit la apariția stării de insolvență”. Relevantă pentru solidaritate este relația dintre momentul exercitării mandatului și săvârșirea faptei prin care au contribuit la starea de insolvență. A *contrario*, ar rezulta că, dacă apariția stării de insolvență este ulterioară perioadei de timp în care a fost exercitat mandatul, solidaritatea este înlăturată, ceea ce contravine finalității reglementării.

Prin urmare, în caz de pluralitate de autori ai aceleiași fapte ilicite (nu și în cazul în care sunt chemate să răspundă mai multe persoane pentru fapte distincte săvârșite individual), răspunderea este solidară. Persoanele în cauză se pot apăra de solidaritate dacă, în organele colegiale de conducere, s-au opus la actele ori faptele care au cauzat insolvența sau au lipsit de la luarea deciziilor care au cauzat insolvența și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor la respectivele decizii. Totodată, aceste persoane se pot apăra de răspunderea solidară dovedind că au acționat în mod individual în sens contrar celorlalte persoane implicate. Spre exemplu, în cazul omisiunii de predare a documentelor contabile către administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul judiciar, administratorul care a predat documentele contabile aferente mandatului său nu va răspunde^[1].

4.6. Cauze de exonerare de răspundere

19. Analizii legislației insolvenței au semnalat că mediul de afaceri se confruntă cu provocări legate de inexistența unei culturi de reorganizare viabile, între care și temerea conducerii debitorului că ar putea să îi fie atrasă răspunderea personală pentru că a dispus realizarea de către debitor a unor activități de restructurare legitime^[2]. Pentru a înlătura acest risc, legea instituie o *cauză specială de exonerare de răspundere*: potrivit art. 169 alin. (6), „răspunderea nu va putea fi angajată dacă, în luna precedentă încetării plăților, s-au efectuat, cu bună-credință, plăți în executarea unui acord cu creditorii, încheiat ca urmare a unor negocieri extrajudiciare pentru restructurarea datoriilor debitorului, cu condiția ca acordul să fi fost de natură a conduce la redresarea financiară a debitorului și să nu fi avut ca scop prejudicierea și/sau discriminarea unor creditori”. Teza a doua a textului arată că aceste prevederi se vor aplica și în cazul acordurilor realizate în cadrul procedurii concordatului preventiv. Exonerarea de răspundere este condiționată atât prin apelul la standardul bunei-credințe, cât și prin instituirea cerinței ca acordul pentru restructurarea datoriilor debitorului să fi fost apt să redreseze financiar debitorul și să nu fi fost încheiat în fraudă anumitor creditori.

Pe de altă parte, așa cum am arătat, în ipoteza unei structuri colegiale a organelor de conducere sau de supraveghere ale societății, pluralitatea de persoane implică un mecanism special de adoptare a deciziilor de afaceri, prin exprimarea votului fiecărui membru al organului colegial, rezultatul votului fiind fundamentat, în general, pe regula majorității. Aparent, ar trebui să fie considerate că au săvârșit o faptă ilicită numai persoanele care au votat în favoarea adoptării hotărârii cu efect prejudiciant. Cu toate acestea,

[1] C.A. Timișoara, s. a II-a civ., dec. nr. 1484 din 23 noiembrie 2009, în R.D.C. nr. 2/2011, p. 63-68.

[2] Raportul Băncii Mondiale privind respectarea standardelor și codurilor. Regimul juridic al insolvenței și drepturile creditorilor/debitorilor, *cit. supra*.

cerințele exonerării de răspundere sunt mai complexe: textul art. 169 alin. (5) prevede că „răspunderea persoanelor în cauză nu va putea fi angajată dacă, în organele colegiale de conducere ale persoanei juridice, s-au opus la actele ori la faptele care au contribuit la starea de insolvență sau au lipsit de la luarea deciziilor care au contribuit la starea de insolvență și au făcut să se consemneze, ulterior luării deciziei, opoziția lor la aceste decizii”. Rațiunea acestei redactări ține de faptul că diligența și prudența cu care trebuie adus la îndeplinire mandatul de afaceri sunt incompatibile cu pasivitatea persoanei investite cu atribuții de conducere sau supraveghere. În consecință, răspunderea va fi înlăturată în cazul persoanelor care au votat împotriva adoptării deciziei (nu și în cazul celor care s-au abținut, pentru că abținerea echivalează cu acceptarea implicită a rezultatului votului și a efectelor acestuia, oricare ar fi ele), precum și în cazul persoanelor care au absentat de la ședință sau nu și-au exprimat votul în cadrul unui mecanism alternativ de transmitere a acestuia, cu condiția ca respectivele persoane să iasă ulterior din pasivitate și să ceară consemnarea opoziției lor (iar nu să „facă să se consemneze” această opoziție, așa cum cere litera textului, întrucât acest rezultat poate să nu fie obținut dacă persoanele responsabile cu consemnarea poziției membrilor organului colegial refuză acest lucru^[1]; totuși, persoanele în cauză vor fi ținute să depună toate diligențele rezonabile pentru a face să se consemneze poziția lor, inclusiv prin utilizarea mijloacelor de comunicație care să permită preconstituirea de probe).

În cazul în care decizia de afaceri a fost adoptată de către un organ colegial (adunarea generală a acționarilor/asociaților, consiliul de administrație etc.) și doar executată de către o anumită persoană, însărcinată expres cu aducerea la îndeplinire a hotărârii, persoana respectivă nu va răspunde, în măsura în care decizia nu este vădit ilegală^[2].

După cum menționam, interacțiunea între noul regim al răspunderii pentru starea de insolvență și *regula judecătii de afaceri* ca mijloc exonerator de răspundere din dreptul comun al societăților este inexistentă. Invocarea regulii va fi circumscrisă în continuare la acțiunile în răspundere de drept comun exercitate împotriva membrilor organelor de conducere și de supraveghere pentru încălcări săvârșite din culpă ale obligațiilor de diligență și de prudență, cu consecința conservării protecției oferite acestor persoane în cazul în care sunt întrunite cerințele speciale ale regulii. Cum răspunderea pentru starea de insolvență este condiționată de existența unui ilicit intenționat, nu se pune problema invocării regulii judecătii de afaceri cu titlu de cauză de exonerare de răspundere în cadrul acțiunii în angajarea răspunderii pentru insolvență. Cu alte cuvinte, dacă se încearcă antrenarea răspunderii pentru o faptă ilicită intenționată, invocarea regulii este ineficientă, iar dacă se urmărește angajarea răspunderii pentru un ilicit săvârșit din culpă, este suficientă opunerea apărării privind neîntreținerea cerinței forme de vinovăție, fără a mai fi necesară invocarea regulii, ca atare.

4.7. Raportul dintre răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență și răspunderea de drept comun a administratorilor societății

20. În cazul în care nu sunt întrunite condițiile speciale pentru angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului, se pune problema reactivării *răspunderii de drept comun* a organelor de conducere și de supraveghere ale societății. Chiar după deschiderea procedurii insolvenței, această răspundere poate fi

^[1] I. Turcu, op. cit., p. 707.

^[2] St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 437.

angajată în continuare, la cererea administratorului judiciar sau, după caz, a lichidatorului judiciar ori a creditorilor, în condițiile art. 73 alin. (2) din Legea nr. 31/1990, text conform căruia „acțiunea în răspundere împotriva administratorilor aparține și creditorilor societății, care o vor putea exercita numai în caz de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului” [în prezent, Codul insolvenței – *n.n.*]. Ca atare, dacă nu sunt îndeplinite cerințele speciale ale răspunderii pentru starea de insolvență, organele de conducere și de supraveghere ale societății pot fi chemate să răspundă civil față de societate în condițiile dreptului comun^[1], în măsura în care termenul de prescripție nu s-a împlinit.

Judecarea cauzelor având ca obiect angajarea răspunderii de drept comun a membrilor organelor de conducere și de supraveghere a societății față de debitorul insolvent este de competența *instanței de drept comun*, iar nu a judecătorului-sindic. Angajarea acestei forme de răspundere presupune verificarea îndeplinirii condițiilor proprii. Răspunderea membrilor organelor de conducere și de supraveghere față de societate va putea fi angajată pentru exercitarea neglijentă sau imprudentă a mandatului (de pildă, pentru omisiunea depunerii diligențelor pentru recuperarea creanțelor sau pentru implicarea imprudentă a societății într-o anumită afacere). Protecția oferită acestor persoane de *regula judecării de afaceri* subzistă, în acest caz, care reprezintă singura ipoteză de acțiune a regulii judecării de afaceri care depășește terenul societăților *in bonis*, aplicându-se și societăților insolvente.

4.8. Raportul dintre răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență și acțiunea în anularea actelor frauduloase

21. Răspunderea specială pentru insolvență trebuie să fie corelată cu *anularea actelor frauduloase din perioada suspectă*, în cazul în care aceste acte au fost încheiate în dauna intereselor creditorilor de către debitorul care a anticipat survenirea stării de insolvență, respectiv în ipoteza în care fapta ilicită pentru care se pune problema antrenării răspunderii constă în încheierea actului juridic anulabil. Astfel, anumite fapte ilicite enumerate de textul art. 169 alin. (1) lit. a)-g) îmbracă forma încheierii de către organele de conducere a unor acte juridice în fraudă creditorilor, care sunt supuse anulării ca efect al exercitării acțiunii prevăzute de art. 117.

Pe de o parte, sunt supuse anulării, potrivit alin. (1) al art. 117, orice acte frauduloase încheiate în dauna drepturilor creditorilor, în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, categorie în care poate intra oricare dintre faptele enumerate de textul art. 169 alin. (1) lit. a)-g) în măsura în care au fost săvârșite prin încheierea unui act juridic, în fraudă creditorilor și cu prejudicierea drepturilor acestora.

Pe de altă parte, actele enumerate de alin. (2) al textului art. 117 își găsesc corelativul în faptele ilicite enumerate de textul art. 169 alin. (1) lit. a)-g): actele de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii [art. 117 alin. (2) lit. a)] pot reprezenta fapte de deturnare a activului [art. 169 alin. (1) lit. e)]; operațiunile în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii [art. 117 alin. (2) lit. b)] pot constitui fapte de deturnare a activului [art. 169 alin. (1) lit. e)] sau de folosire de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți [art. 169 alin. (1) lit. f)]; actele încheiate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate

[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 785.

în acestea de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditorii sau de a le leza în orice alt fel drepturile [art. 117 alin. (2) lit. c)] pot constitui fapte de deturnare a activului [art. 169 alin. (1) lit. e)]; actele de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer [art. 117 alin. (2) lit. d)] pot reprezenta fapte de deturnare a activului [art. 169 alin. (1) lit. e)]; constituirea unui drept de preferință pentru o creanță care era chirografară, în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii [art. 117 alin. (2) lit. e)] poate constitui fapta de deturnare a activului [art. 169 alin. (1) lit. e)]; plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 6 luni anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii [art. 117 alin. (2) lit. f)], pot reprezenta fapte de plată cu preferință către un creditor, în dauna celorlalți creditori, dacă au fost efectuate în luna precedentă încetării plăților [art. 169 alin. (1) lit. g)]; actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă un creditor [art. 117 alin. (2) lit. g)] pot constitui fapte de deturnare sau ascundere a unei părți din activul persoanei juridice [art. 169 alin. (1) lit. e)] sau de folosire de mijloace ruinătoare pentru a procura persoanei juridice fonduri, în scopul întârzierii încetării de plăți [art. 169 alin. (1) lit. f)].

Așa cum am arătat, pentru că întinderea reparației ca efect al angajării răspunderii trebuie limitată la pasivul neacoperit, admiterea cererii de antrenare a răspunderii depinde prin ipoteză de stabilirea definitivă a cuantumului rămas neacoperit din pasiv. Celeritatea procedurii insolvenței și interesul creditorilor în maximizarea gradului de recuperare a creanțelor presupune, însă, derularea în paralel a unora dintre etapele relevante pentru stabilirea activului și a pasivului, respectiv pentru reîntregirea activului și valorificarea elementelor care îl compun.

Totuși, în măsura în care pe rolul instanțelor de judecată sau al judecătorului-sindic se află, concomitent, acțiuni în anularea actelor frauduloase încheiate anterior deschiderii procedurii insolvenței, care privesc aceleași fapte ale administratorilor pentru care se pune problema angajării răspunderii, iar aceste acțiuni nu sunt soluționate definitiv, acțiunea în răspundere poate fi *suspendată* în temeiul art. 413 alin. (1) pct. 1 NCPC. Cum prejudiciul aflat în legătură de cauzalitate cu fapta respectivă ar putea fi reparat ca efect al anulării actului juridic încheiat de administrator (și, eventual, al readucerii în patrimoniul debitorului a anumitor elemente de activ) și nu se mai poate dispune repararea aceleiași prejudiciu pe o altă cale, ar fi necesară cunoașterea dezlegării acțiunii în anularea actului juridic fraudulos, care prevalează asupra angajării răspunderii personale a membrilor organelor de conducere. Este adevărat că eficiența executării hotărârii pronunțate în acțiunea în anularea actelor frauduloase poate să pună probleme suplimentare în cazurile în care, ca efect al executării, nu se obține recuperarea bunurilor sau a sumelor de bani ieșite din patrimoniul debitorului sau recuperarea este parțială, din cauza insolabilității terțului dobânditor, iar în acest caz nu există temei legal pentru prelungirea suspendării până la momentul finalizării executării. Cu toate acestea, eventualitatea anulării actului juridic fraudulos fundamentează suspendarea judecării acțiunii în răspundere în măsura în care judecătorul-sindic apreciază că există șanse considerabile ca, în urma admiterii acțiunii în anulare, prejudiciul cauzat prin fapta ilicită imputabilă administratorului să fie acoperit, iar obligarea acestuia la despăgubire să nu mai fie necesară sau să fie necesară într-o proporție care să influențeze soluționarea acțiunii în răspundere.

Dacă a fost anulat un act juridic fraudulos și părțile au fost repuse în situația anterioară încheierii acestuia, acțiunea în răspunderea persoanelor care au contribuit la intrarea în insolvență a debitorului pentru fapta ilicită de a încheia actul respectiv nu mai poate fi admisă *decât pentru partea din prejudiciu care nu a fost acoperită prin repunerea părților în situația anterioară încheierii actului fraudulos, a contrario* producându-se o îmboğățire fără justă cauză a debitorului.

4.9. Raportul dintre răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență și repararea prejudiciului în procesul penal

22. Problema raportului dintre acțiunea în angajarea răspunderii persoanelor care au cauzat starea de insolvență a debitorului, introdusă în cadrul procedurii insolvenței, și acțiunea civilă exercitată alăturat celei penale în cazul în care *fapta ilicită constituie infracțiune* nu a primit soluții unanime sub imperiul reglementărilor anterioare^[1]. Exercitarea acțiunii în răspundere în cadrul procedurii insolvenței, iar nu în procesul penal, poate fi în interesul creditorilor din perspectiva celerității soluționării cauzei. Autoritatea hotărârii penale în procesul civil și efectele hotărârii civile în procesul penal sunt reglementate de art. 28 NCPP și de art. 1365 NCC. Astfel, hotărârea definitivă a instanței penale are autoritate de lucru judecat în fața instanței civile care judecă acțiunea civilă, cu privire la existența faptei și a persoanei care a săvârșit-o. Instanța civilă nu este legată de hotărârea definitivă de achitare sau de încetare a procesului penal în ceea ce privește existența prejudiciului ori a vinovăției autorului faptei ilicite. Pe de altă parte, hotărârea definitivă a instanței civile prin care a fost soluționată acțiunea civilă nu are autoritate de lucru judecat în fața organelor judiciare penale cu privire la existența faptei penale, a persoanei care a săvârșit-o și a vinovăției acesteia.

Secțiunea a 3-a. Răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență. Procesul

§1. Competența

23. Pentru angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență este necesar ca debitorul persoană juridică să fie subiect al unei proceduri de insolvență în curs de desfășurare. Răspunderea specială pentru intrarea în insolvență nu poate să fie antrenată în afara procedurii insolvenței, respectiv înainte ca această procedură să fie deschisă sau după momentul la care procedura a fost închisă.

Competența de soluționare a acțiunii, indiferent de natura faptei sau valoarea obiectului cererii, aparține *tribunalului pe rolul căruia se află dosarul procedurii insolvenței*. Reglementarea în materie de răspundere pentru insolvență derogă de la regulile de drept comun privind competența materială și competența teritorială. Acțiunea este dată în competența judecătorului-sindic care, conform art. 169 alin. (3), o va judeca *separat*, formându-se un dosar asociat. Procedura insolvenței nu poate fi închisă înainte de soluționarea acțiunii pentru angajarea răspunderii.

[1] St.D. Cărpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 444-449.

§2. Calitatea procesuală activă

24. *Calitatea procesuală activă* aparține administratorului judiciar și lichidatorului judiciar, iar în subsidiar președintelui comitetului creditorilor (în baza hotărârii adunării creditorilor), creditorului desemnat de adunarea creditorilor (dacă nu s-a constituit comitetul creditorilor) sau creditorului care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală.

Astfel, conform art. 169 alin. (1), *administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar* poate formula o cerere prin care să solicite judecătorului-sindic angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului. Subsecvent, alin. (2) al aceluiași articol prevede că, „dacă administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului și/sau a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea prevăzută la alin. (1), aceasta poate fi introdusă de *președintele comitetului creditorilor* în urma hotărârii adunării creditorilor ori, dacă nu s-a constituit comitetul creditorilor, de *un creditor desemnat de adunarea creditorilor*”. Teza a doua a alin. (2) prevede că poate introduce această acțiune, în aceleași condiții, *creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală*.

Problema caracterului obligatoriu sau facultativ al formulării acțiunii de către *administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar* își găsește soluția în textele legale: în exercitarea mandatului său, administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar are obligația de a indica persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului, în măsura în care constată că starea de insolvență este imputabilă anumitor persoane, în raportul său asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, întocmit potrivit art. 58 alin. (1) lit. b), în care trebuie să menționeze eventualele indicii sau elemente preliminare privind persoanele cărora insolvența le-ar fi imputabilă și cu privire la existența premiselor angajării răspunderii acestora; pe de altă parte, însă, administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar poate hotărî că nu este cazul să introducă acțiunea, aprecierea acestuia fiind făcută în limitele diligenței și prudenței cu care este ținut să își aducă la îndeplinire mandatul de a acționa în scopul maximizării gradului de reîntregire a activului patrimonial al debitorului. Decizia administratorului judiciar, respectiv a lichidatorului judiciar de a nu introduce acțiunea nu prejudiciază creditorii, care sunt îndreptățiți să formuleze ei înșiși cererea, în condițiile menționate anterior.

Creșterea rolului creditorilor în exercitarea acțiunilor în angajarea răspunderii va eficientiza acest instrument de reîntregire a activului patrimonial al debitorului. Principala categorie de creditori interesată în promovarea acțiunii este cea a *creditorilor chirografari*, ale căror creanțe beneficiază în general de o slabă protecție în caz de insolvență^[1]. Sub imperiul reglementării anterioare, creditorii au criticat efectul deschiderii procedurii de insolvență a debitorului persoană juridică asupra procesului de executare, acuzând complicitatea dintre debitori și practicienii în insolvență, despre care se afirma că, în anumite situații, permit managementului debitorului să devalizeze active din averea debitorului fără a risca în mod semnificativ să fie tras la răspundere^[2].

Introducerea acțiunii de către *președintele comitetului creditorilor* este condiționată de întrunirea cerințelor prevăzute de textul de lege: administratorul judiciar ori, după

^[1] I. Adam, C.N. Savu, op. cit., p. 759.

^[2] Raportul Băncii Mondiale privind respectarea standardelor și codurilor. Regimul juridic al insolvenței și drepturile creditorilor/debitorilor, cit. *supra*.

caz, lichidatorul judiciar nu a indicat persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului sau, cu toate că le-a indicat, a hotărât că nu este cazul să introducă acțiunea; adunarea creditorilor a adoptat o hotărâre prin care a decis formularea cererii de către președintele comitetului creditorilor.

Motivele pentru care administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar nu a indicat în raportul său persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului sunt indiferente: omisiunea poate fi una neglijentă sau una deliberată, dar administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar poate menționa explicit faptul că nu pot fi identificate persoanele cărora le este imputabilă starea de insolvență a patrimoniului debitorului ori că nu poate fi reținută culpa membrilor organelor de conducere în cauzarea stării de insolvență, pentru anumite motive. Constatările din raportul privind cauzele și împrejurările care au condus la apariția stării de insolvență nu trebuie să fie în mod formal contestate de creditori pentru ca aceștia să poată introduce acțiunea.

Adunarea creditorilor adoptă hotărârea prin care decide formularea cererii de către președintele comitetului creditorilor sau de către persoana anume desemnată, în condițiile de convocare, cvorum și majoritate prevăzute de art. 47-49. Creditorul care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală își poate impune voința în adunarea creditorilor sau poate decide să formuleze personal acțiunea.

Ipoteza neaprobării de către adunarea creditorilor a introducerii acțiunii nu deschide creditorilor, individual, calea formulării unei cereri pentru angajarea răspunderii. Contestarea de către creditorul individual a hotărârii adunării creditorilor de a nu introduce cererea, pe calea acțiunii în anularea hotărârii adunării creditorilor, nu poate supune cenzurii judecătorului-sindic decât legalitatea hotărârii, de pildă prin prisma condițiilor legale privind convocarea, cvorumul sau votul, nu și oportunitatea acesteia.

Reglementarea acțiunii în antrenarea răspunderii pentru insolvență a fost criticată pentru că legea nu stabilește clar mecanismele de finanțare pentru procedura de trageră la răspundere a administratorilor^[1]. În anumite situații este posibil să nu existe suficiente fonduri disponibile în averea debitorului pentru tragerea la răspundere a membrilor organelor de conducere și de supraveghere ale societății, chiar dacă acțiunea ar avea șanse reale de reușită.

§3. Termenul de prescripție

25. Legea instituie un *termen de prescripție (special) de 3 ani* de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a contribuit la apariția stării de insolvență, dată prin ipoteză ulterioară deschiderii procedurii. Potrivit art. 170, „acțiunea prevăzută la art. 169 se prescrie în termen de 3 ani”. Teza a doua a articolului prevede că „prescripția începe să curgă de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a contribuit la apariția stării de insolvență, dar nu mai târziu de 2 ani de la data pronunțării hotărârii judecătorești de deschidere a procedurii de insolvență”.

Problema interpretării textelor care guvernează cursul acestor termene a fost clarificată în noua reglementare. Legea instituie un termen de prescripție de 3 ani, care începe să curgă de la data la care a fost cunoscută sau trebuia cunoscută persoana care a contribuit la apariția stării de insolvență; subsecvent, legea prevede că data de la care începe să curgă termenul nu poate depăși 2 ani de la data pronunțării hotărârii judecătorești

^[1] *Ibidem*.

de deschidere a procedurii de insolvență. În sinteză, logica textului ar fi următoarea: se instituie o acțiune în angajarea răspunderii speciale pentru insolvență, prescriptibilă în 3 ani de la data cunoașterii persoanei care a contribuit la instalarea insolvenței; oricât de târziu ar fi cunoscută persoana respectivă, momentul începerii cursului prescripției nu poate excede 2 ani de la data deschiderii procedurii.

Problema formulării acțiunii anterior deschiderii procedurii sau ulterior închiderii procedurii, respectiv înainte ca judecătorul-sindic să fie investit cu procedura insolvenței ori după ce judecătorul-sindic s-a dezinvestit prin pronunțarea hotărârii de închidere a procedurii, se soluționează prin calificarea cererii ca *inadmisibilă*, iar nu ca prematură, respectiv ca tardivă. Sancțiunea *prematurității* poate fi aplicată în cazul formulării cererii de către președintele comitetului creditorilor sau de către creditorul desemnat de adunarea creditorilor ori de către creditorul majoritar, fără a fi îndeplinită cerința întocmirii raportului asupra cauzelor sau împrejurărilor insolvenței, în care administratorul judiciar ori, după caz, lichidatorul judiciar să nu indice persoanele culpabile de starea de insolvență a debitorului sau să menționeze decizia de a nu introduce acțiunea. Sancțiunea *tardivității* va fi aplicată atunci când acțiunea este formulată în cadrul procedurii insolvenței, dar cu depășirea termenului de prescripție. Închiderea procedurii insolvenței are drept consecință inadmisibilitatea acțiunii introduse după acest moment, chiar dacă termenul de prescripție nu s-a împlinit.

§4. Probe

26. Judecarea acțiunii pentru angajarea răspunderii persoanelor care au contribuit la starea de insolvență a debitorului presupune *administrarea mijloacelor de probă* necesare pentru dovedirea îndeplinirii condițiilor speciale ale răspunderii. Se poate pune, astfel, problema administrării unor expertize de gestiune, expertize de evaluare sau expertize contabile, prin care să se facă dovada faptelor ilicite și a legăturii de cauzalitate cu starea de insolvență, precum și proba prejudiciului pricinuit prin săvârșirea faptelor respective.

De regulă, prezumțiile nu pot face dovada irefragabilă a condițiilor antrenării răspunderii. Spre exemplu, neachitarea datoriilor față de bugetul de stat nu poate prezuma faptul că administratorul a dispus continuarea activității societății în interes personal. Nedeplinirea situațiilor financiare la organul fiscal nu poate prezuma legătura de cauzalitate dintre această omisiune și ajungerea societății în stare de insolvență^[1].

Raportul asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului nu are valoare probatorie autonomă, nereprezentând decât un act prin care administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul judiciar face anumite constatări al căror rol este de a aduce la cunoștința creditorilor o anumită stare de fapt. În măsura în care se formulează o acțiune pentru angajarea răspunderii, cauzele și împrejurările care au dus la apariția insolvenței debitorului, precum și persoanele cărora le este imputabilă această situație patrimonială trebuie să fie dovedite distinct și exhaustiv.

În scopul facilitării probațiunii în materia uneia dintre cele mai controversate categorii de ilicit, din perspectiva dificultăților pe care le implică pe plan probator, în raport cu condițiile speciale de antrenare a răspunderii, noua reglementare instituie un sistem de *prezumții legale*. Astfel, așa cum am arătat, în cazul faptelor ilicite privind ținerea

^[1] C.A. Suceava, s. com., dec. nr. 1473 din 18 octombrie 2007, în R.D.C. nr. 4/2013, p. 83-86.

contabilității, care au generat o jurisprudență neuniformă sub imperiul legilor anterioare, se instituie o prezumție de culpă și o prezumare a raportului de cauzalitate, prin adăugarea la finalul textului legal care descrie fapta prin care persoanele responsabile „(...) au ținut o contabilitate fictivă, au făcut să dispară unele documente contabile sau nu au ținut contabilitatea în conformitate cu legea” a următoarei teze: „În cazul nepredării documentelor contabile către administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, atât culpa, cât și legătura de cauzalitate între faptă și prejudiciu se prezumă. Prezumpția este relativă” [art. 169 alin. (1) lit. d)]. Legea nu prezumă decât relația causală între faptă și prejudiciu, nu și pe aceea dintre faptă și starea de insolvență. Dacă, însă, pe baza unei prezumții judiciare, omisiunea predării documentelor contabile este echivalată cu încălcarea obligației de a ține contabilitatea în conformitate cu legea, fapta se deplasează temporal înainte de apariția stării de insolvență, deci ar putea fi calificată drept factor causal al acestui efect.

§5. Măsurî asigurătorii

27. În scopul indisponibilizării bunurilor din patrimoniul persoanei responsabile pe durata soluționării acțiunii pentru angajarea răspunderii acesteia pot fi instituite *măsurî asigurătorii*, temporare, preventive și de conservare: sechestrul asigurător, poprire asigurătorie și orice alte măsuri prevăzute lege. Judecarea cererii de înființare a măsurilor asigurătorii se face de către judecătorul-sindic în condiții derogatorii față de dispozițiile Codului de procedură civilă. Potrivit art. 172 alin. (1), „odată cu cererea formulată potrivit prevederilor art. 169 alin. (1) sau ale alin. (2), administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar ori, după caz, comitetul creditorilor va putea cere judecătorului-sindic să instituie măsuri asigurătorii asupra bunurilor din averea persoanelor urmărite potrivit prevederilor art. 169”. Alineatul (2) al aceluiași text arată că „cererea de măsuri asigurătorii poate fi formulată și ulterior introducerii acțiunii prevăzute la art. 169”.

Teza a doua a alin. (1) al art. 172 dispune că „fixarea unei *cauțiuni* de până la 10% din valoarea pretențiilor este obligatorie”. Problema sursei de plată a cauțiunii nu este rezolvată de textul legii. De principiu, pentru că sumele de bani la plata cărora pot fi obligate persoanele responsabile intră în averea debitorului, din această avere ar trebui suportată cauțiunea, indiferent de titularul acțiunii (pe de o parte, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar, pe de altă parte președintele comitetului creditorilor, creditorul desemnat de adunarea creditorilor sau creditorul majoritar). Totuși, în cazul în care averea debitorului nu dispune de resurse, creditorii cărora urmează să le profite angajarea răspunderii sunt ținuți să avanseze cauțiunea.

§6. Căi de atac

28. Cererile de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvență sunt soluționate de către judecătorul-sindic printr-o hotărâre executorie, care poate fi atacată separat cu *apel*.

Legea clarifică problema eventualei divergențe între administratorul judiciar/lichidatorul judiciar și creditorii cu privire la promovarea acestei căi de atac, conferind prevalență creditorilor, în interesul cărora se desfășoară procedura. Potrivit art. 169 alin. (7), „în cazul în care s-a pronunțat o hotărâre de respingere a acțiunii introduse potrivit alin. (1)

sau, după caz, alin. (2), administratorul judiciar/lichidatorul judiciar care nu intenționează să formuleze apel împotriva acesteia va notifica în acest sens comitetul creditorilor sau, în cazul în care nu a fost desemnat un comitet al creditorilor, adunarea creditorilor. În cazul în care adunarea creditorilor sau creditorul care deține mai mult de jumătate din valoarea tuturor creanțelor decide că se impune introducerea apelului, acesta va fi introdus de către președintele comitetului creditorilor sau de către creditorul majoritar, după caz”.

§7. Executarea hotărârii

29. *Executarea hotărârii* prin care s-a angajat răspunderea pentru starea de insolvență constituie resort atât pentru valorificarea activului, prin încasarea de la persoanele responsabile a sumelor de bani, cât și pentru plata pasivului, destinația acestor sume fiind, de regulă, acoperirea creanțelor creditorilor.

În prima etapă, sumele de bani intră în *averea debitorului*, iar nu în averea creditorilor, indiferent de titularul acțiunii, mai exact în contul prin intermediul căruia se fac încasările și plățile în cursul procedurii, prevăzut la art. 39 alin. (2). Destinația banilor diferă în funcție de etapa procedurii insolvenței în care se află debitorul: sumele de bani „vor fi destinate, în caz de reorganizare, plății creanțelor potrivit programului de plăți, completării fondurilor necesare continuării activității debitorului, iar în caz de faliment, acoperirii pasivului” (art. 171). Așadar, efectele angajării răspunderii se extind asupra tuturor creditorilor îndreptățiți să participe la distribuire^[1], potrivit programului de plăți din procedura reorganizării sau tabelului definitiv consolidat de creanțe în procedura falimentului.

Subsecvent angajării răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere, executarea hotărârii judecătorești prin care aceștia sunt obligați la plata unei sume de bani poate fi voluntară sau adusă la îndeplinire în mod silit. Competența executării silite a hotărârilor având acest obiect revine *executorului judecătoresc*: potrivit art. 173 alin. (1), „executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 169 alin. (1) se efectuează de către executorul judecătoresc, potrivit Codului de procedură civilă”.

30. Nefinalizarea executării silite a hotărârii judecătorești pronunțate în materia angajării răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere nu afectează închiderea procedurii. Legea dispune, în art. 173 alin. (2), că „*după închiderea procedurii falimentului*, sumele rezultate din executarea silită vor fi repartizate de către executorul judecătoresc potrivit prevederilor prezentului titlu, în temeiul tabelului definitiv consolidat de creanțe pus la dispoziția sa de către lichidatorul judiciar”. În acest caz, sumele de bani nu vor mai tranzita averea debitorului, prin ipoteză radiat din registrul în care este înmatriculat, ci vor fi distribuite de către executorul judecătoresc *direct creditorilor îndreptățiți* să le încaseze, conform tabelului definitiv consolidat de creanțe.

Textele referitoare la atribuțiile executorului judecătoresc în procedura insolvenței au caracterul unor norme speciale în raport cu orice altă reglementare concurentă, inclusiv cea a Codului de procedură fiscală, care nu poate institui un tratament preferențial pentru creditorul fiscal, tratat de procedura concursuală a insolvenței în mod egal în raport cu toți ceilalți creditori.

^[1] St.D. Cărpenu, V. Nemeș, M.A. Hotca, op. cit., p. 426.

§8. Sancțiuni nepatrimoniale

31. Noua reglementare a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere ale societăților agravează consecințele angajării răspunderii, depășind granița răspunderii patrimoniale reparatorii și trecând în sfera *sancțiunilor civile nepatrimoniale*. Rațiunea efectelor nepatrimoniale ale hotărârilor de atragere a răspunderii rezidă în eficacitatea redusă pe plan practic a executării acestor hotărâri, în special în ipoteza în care patrimoniul persoanei responsabile nu cuprinde elemente de activ care să poată fi valorificate. Legea instituie, în consecință, o sancțiune cu caracter nepatrimonial, însoțită de o măsură de asigurare a publicității antrenării răspunderii: decăderea din dreptul de a exercita funcția de administrator și înregistrarea în registrul comerțului a hotărârilor de atragere a răspunderii.

Înregistrarea în registrul comerțului a măsurii de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere se realizează, din rațiuni de asigurare a publicității față de terți a angajării răspunderii, prin comunicarea, din oficiu, către Oficiul Național al Registrului Comerțului, a „sentinței prin care judecătorul-sindic a dispus atragerea răspunderii patrimoniale a administratorului statutar”, potrivit art. 169 alin. (9). În consecință, înregistrarea se face după pronunțarea sentinței judecătorului-sindic, chiar dacă hotărârea de atragere a răspunderii nu este definitivă. Totodată, înregistrarea este operată numai în ipoteza în care persoana responsabilă are calitatea de „administrator statutar” (nu și în ipoteza administratorilor de fapt sau a administratorilor din umbră) în evidențele registrului comerțului privind societatea debitoare.

Sancțiunea decăderii din dreptul de a exercita funcția de administrator reprezintă o sancțiune civilă cu caracter nepatrimonial, care poate constitui un factor disuasiv eficient, complement al angajării răspunderii patrimoniale. Conform art. 169 alin. (10), „persoana împotriva căreia s-a pronunțat o hotărâre definitivă de atragere a răspunderii nu mai poate fi desemnată administrator sau, dacă este administrator în alte societăți, va fi decăzută din acest drept timp de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii”. În consecință, hotărârea definitivă de atragere a răspunderii va avea drept consecință decăderea din dreptul de a fi desemnat administrator timp de 10 ani de la data rămânerii definitive a hotărârii și va produce efecte de îndată, inclusiv asupra mandatelor de administrator în curs de exercitare. Deși sancțiunea are caracter nepatrimonial, îngrădind libera exercitare a funcției de administrator, efectele sale indirecte pe plan patrimonial sunt evidente.

Textul legal nu specifică faptul că sancțiunea trebuie aplicată de judecătorul-sindic prin hotărârea de atragere a răspunderii, astfel încât decăderea produce efecte *ex lege*. Constatarea decăderii va putea fi cerută de orice persoană interesată, fie sub forma constatării încetării mandatului de administrator în curs de exercitare, fie prin contestarea desemnării persoanei cu privire la care operează decăderea ca administrator într-un nou mandat.

Semnificația termenului „administrator”, utilizat de textul care instituie sancțiunea decăderii, cuprinde nu numai funcția de administrator *stricto sensu*, ci orice funcție de membru al unui organ de conducere sau de supraveghere cu atribuții de administrare executivă sau neexecutivă. În reglementarea Legii nr. 31/1990, decăderea privește atât administratorii *stricto sensu* ai societăților pe acțiuni și ai societăților cu răspundere limitată, cât și, în cazul societăților pe acțiuni, funcția de membru al consiliului de administrație sau de director în sistemul unitar de administrare, respectiv cea de membru al

consiliului de supraveghere și membru al directoratului în sistemul dualist. Deși normele care instituie sancțiuni sunt de strictă interpretare, deci ar trebui să prevaleze interpretarea restrictivă, în acest caz un asemenea tip de interpretare ar contraveni interpretării teleologice și celei sistematice. Textul legal care instituie sancțiunea decăderii va fi interpretat în mod necesar prin raportare la cel care prevede persoanele în sarcina cărora poate fi angajată răspunderea și care se referă la „membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății”. Numai această interpretare asigură realizarea scopului urmărit de legiuitor, respectiv neutralizarea temporară a accesului persoanelor care au contribuit cu intenție la instalarea unei stări de insolvență la orice funcție sau poziție de administrare executivă sau neexecutivă a unei afaceri.

CAPITOLUL XVI. INSOLVENȚA GRUPULUI DE SOCIETĂȚI

Secțiunea 1. Introducere

§1. Grupul de societăți. Noțiuni generale

1. Din ce în ce mai frecvent afacerile sunt structurate sub forma unor *grupuri de societăți*, fie că aceasta înseamnă control comun asupra a două sau mai multe entități, fie deținerea unor participații semnificative. În fapt, existența unui grad de complexitate a unei afaceri presupune desfășurarea acesteia într-o structură de grup.

Grupurile pot fi integrate pe verticală sau pe orizontală și variază extrem de mult ca grad de întrepătrundere. În unele cazuri, tipul de operațiuni reclamă constituirea unor societăți distincte pentru aceeași afacere sau o afacere conexasă, inclusiv în situația achiziționării unei noi societăți. În alte situații structura de grup se decide pentru limitarea riscului, inclusiv a celui de insolvență. Unii patroni care au comis eroarea de a derula două afaceri diferite prin aceeași entitate au ajuns în insolvență pentru că, deși una dintre afaceri era profitabilă, cealaltă, neprofitabilă, a epuizat profitul afacerii de succes. În fine, un alt motiv pentru crearea unei structuri de grup este acela de a asigura optimizarea fiscală a afacerii pe ansamblu. Lista de motive poate continua dar scopul este întotdeauna același: de a crea beneficii economice acționariatului.

În România nu există date centralizate pe această temă, dar în Germania, spre exemplu, statisticile sunt grăitoare: 70% din veniturile din economie provin din structuri de grup și peste 50% din angajați aparțin grupurilor de societăți.

§2. Grupul de societăți și insolvența

2. România este prima țară din Uniunea Europeană care a introdus în legislația insolvenței prevederi speciale privind tratamentul grupului de societăți. Nu numai că prevederile generale ale legii insolvenței erau insuficiente pentru a rezolva problemele complexe pe care le ridică insolvența a două sau mai multe societăți dintr-un grup, dar acestea puteau chiar anihila șansele reale de redresare în lipsa unei strategii comune. Abordarea „o societate, un patrimoniu, o insolvență” conduce în mod frecvent la conflicte între procedurile de insolvență ale membrilor unui grup, ceea ce determină reducerea valorii recuperate pe ansamblu, precum și la soluții incompatibile cu logica economică. În special în ultimii ani, în contextul crizei economice globale, s-a dovedit că lipsa unor prevederi care să permită corelarea procedurilor a dus la colapsul unor grupuri care, altfel, ar fi avut o șansă de salvare.

Dispozițiile speciale privind grupul de societăți urmăresc să maximizeze șansele de redresare, în special prin măsuri de natură să asigure coordonarea și corelarea procedurilor, spre exemplu:

- posibilitatea introducerii unei cereri comune de deschidere a procedurii de către doi sau mai mulți membri ai unui grup;

- stabilirea competenței tribunalului de la sediul societății mamă sau cea cu cea mai mare cifră de afaceri pentru toate insolvențele din același grup;
- un singur judecător-sindic;
- un singur administrator judiciar sau obligație de cooperare a administratorilor judicari, după caz;
- elaborarea coordonată a planurilor de reorganizare;
- posibilitatea acordării de împrumuturi intra-grup.

Este indiscutabil că existența unor dispoziții legale speciale aduce numeroase avantaje. Înțelegerea situației în ansamblu creează premisele unei strategii adecvate la nivelul grupului. Eforturile comune de marketing și valorificare a activelor, conducând eventual la preluarea acestora de către un investitor unic, nu vor mai fi multiplicare, iar costurile vor fi diminuate în mod corespunzător.

Secțiunea a 2-a. Contextul reglementării

§1. Stadiul legiferării insolvenței grupurilor de societăți la nivel european

3. În aproape fiecare țară europeană au existat, mai ales în ultimii zece ani, preocupări în sensul *legiferării insolvenței grupurilor de societăți*. Pe de altă parte, având în vedere efectele crizei financiare globale, precum și curentul puternic în favoarea armonizării legislației de profil la nivelul statelor membre, a devenit imperativă modificarea unora dintre conceptele de bază ale legii, în vederea îmbunătățirii eficienței procedurii, dar și a reechilibrării drepturilor participanților la aceasta. În vederea atingerii acestor obiective, legiuitorul s-a orientat în special după setul de principii privind insolvența și drepturile creditorilor, enunțate și dezvoltate de Banca Mondială^[1], Ghidul legislativ UNCITRAL privind insolvența^[2], ținând totodată seama de Comunicarea Comisiei Europene privind strategia în domeniul insolvenței^[3].

Regulamentul nr. 1346/2000 al Comisiei Europene privind insolvența transfrontalieră a intrat în vigoare la 31 mai 2002. Articolul 46 al acestui act normativ, de directă aplicabilitate în România, prevede ca, cel târziu la 1 iunie 2012, Comisia Europeană să prezinte Parlamentului European un raport privind aplicarea acestuia.

Față de analiza detaliată din raport, ce semnală un număr însemnat de probleme ridicate de actuala redactare a Regulamentului – cca. 30 de teme distincte ce necesitau revizuire –, Parlamentul European a înaintat Comisiei o solicitare de formulare a unor propuneri de amendare și recomandările corespunzătoare. În privința grupurilor de societăți se menționa, în această solicitare, că, deși grupul de societăți reprezintă un fenomen comun, acesta nu a fost tratat la nivelul Uniunii Europene, cu consecința imposibilității reorganizării grupului ca un întreg. Fragmentarea grupului în părțile lui componente duce la pierdere de valoare atât pentru creditori, cât și pentru acționari și angajați. Este

^[1] The World Bank Principles for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems, <http://siteresources.worldbank.org/GILD/Resources/FINAL-ICRPrinciples-March2009.pdf>.

^[2] United Nations Commission on International Trade Law – Legislative Guide on Insolvency Law, http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Leg-Guide-Insol-Part3-ebook-E.pdf>.

^[3] European Commission – Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee – A new European approach to business failure and insolvency, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_en.pdf.

relevant faptul că Marea Britanie, țară cu economie performantă, a refuzat să adopte Regulamentul tocmai datorită absenței reglementării insolvenței grupurilor.

În acest context, Comisia a lansat consultări publice cu privire la posibilele soluții pentru problemele constatate, fiind primite 134 de răspunsuri. De asemenea, Comisia a luat în considerare un studiu de evaluare a aplicării Regulamentului, realizat de Universitățile din Viena și Heidelberg. În fine, Comisia a organizat un grup de experți reputați în domeniul insolvenței transfrontaliere, care au transmis opinii, opțiuni și au redactat propunerile de revizuire.

Cel mai important subiect al propunerilor rezultate este insolvența grupurilor de societăți. Regulamentul actual tratează doar insolvența societăților individuale, iar în raportările privind aplicarea acestuia s-a subliniat în mod repetat necesitatea unei structuri legale, care să permită restructurarea printr-un plan comun și vânzarea activelor într-o manieră coordonată.

§2. Sisteme de transpunere a legislației insolvenței grupurilor de societăți în dreptul intern

4. Partea a III-a Ghidului Legislativ UNCITRAL privind insolvența („Tratamentul grupurilor de societăți”), recomandă două sisteme de transpunere a legislației insolvenței grupurilor de societăți în sistemele de drept intern: sistemul coordonării la nivel procedural și sistemul consolidării substanțiale. Astfel, în sistemul coordonării la nivel procedural, activele și pasivele debitorilor rămân separate și distincte, iar drepturile substanțiale ale petenților neafectate. Consolidarea substanțială, pe de altă parte, permite instanței de judecată să ignore identitatea distinctă a fiecărui membru al grupului de societăți și să consolideze activele și pasivele, tratându-le ca fiind deținute de o entitate unică. Potrivit Ghidului, sunt puține jurisdicții care stabilesc o legislație care să permită consolidarea substanțială, și, chiar și în sistemele de drept care prevăd o asemenea instituție, aceasta este supusă unor reguli stricte și nu este larg folosită. Sistemul coordonării la nivel procedural, cu numeroasele sale avantaje, precum evitarea dublării efortului, obținerea unor informații consolidate, asistarea în evaluarea activelor, identificarea mai lesnicioasă a creditorilor și altor persoane interesate etc., este preferat de majoritatea jurisdicțiilor.

Aceasta este și rațiunea pentru care Codul insolvenței a preluat sistemul coordonării la nivel procedural în materie de insolvență a grupurilor de societăți.

5. Reglementarea insolvenței grupurilor de societăți din cod a valorificat observațiile și propunerile formulate în acest context, aplicabile și în cazul insolvenței grupului de societăți aflate pe teritoriul aceleiași țări. De asemenea, Codul respectă într-o măsură semnificativă *Principiile Băncii Mondiale privind insolvența și drepturile creditorilor* („Principiile Băncii Mondiale”), etalonul unanim recunoscut ca referință la care se raportează calitatea legislației insolvenței dintr-o anumită țară.

Principiul C16, care se referă la insolvența grupurilor de societăți aflate pe teritoriul aceleiași țări, se concretizează în următoarele recomandări:

C16.1 – Coordonarea procedurală. Administrarea cazurilor de insolvență a doi sau mai multor membri ai unui grup de societăți trebuie coordonată din punct de vedere procedural.

C16.2 – Finanțarea în timpul procedurii. Sistemul de insolvență trebuie să permită furnizarea sau facilitarea finanțării unui membru al grupului de către alt membru, cu specificarea priorității de restituire.

C16.3 – Consolidarea. Sistemul de insolvență trebuie să respecte identitatea fiecărui membru al grupului. Consolidarea patrimonială se face doar în situații excepționale, respectiv dacă există cvasi-confuziune de patrimonii ori în situația în care membrii grupului sunt angajați în scheme frauduloase, ce nu servesc un scop de afaceri legitim.

C16.4 – Acțiunile în anulare. Legislația trebuie să permită instanței să țină cont de circumstanțele specifice ale acesteia atunci când trebuie să hotărască anularea unei tranzacții ce a avut loc între membrii grupului ori între membrii grupului și o persoană afiliată.

C16.4 – Practicianul în insolvență. Sistemul de insolvență trebuie să permită desemnarea unui singur practician în insolvență la doi sau mai mulți membri ai grupului. În cazurile în care acest lucru nu este posibil, legea trebuie să permită practicienilor desemnați să comunice direct și să coopereze în cea mai mare măsură posibilă.

C16.6 – Planurile de reorganizare. Sistemul trebuie să permită depunerea unor planuri de reorganizare coordonate pentru doi sau mai mulți membri ai grupului. Sistemul trebuie, de asemenea, să permită participarea la procedură a unor membri ai grupului ce nu se află în stare de insolvență.

Secțiunea a 3-a. Definiții relevante

6. Pentru evitarea fragmentării lecturii și analizei textelor de lege, legiuitorul a comasat toate definițiile ce apăreau în vechea reglementare, precum și unele noi în Titlul preliminar al codului, art. 5. Între acestea se regăsesc și cele nouă definiții care explicitează termenii introduși în noul capitol privind insolvența grupului de societăți. Unele definiții sunt suficient de complexe pentru a se constitui în veritabile norme de drept procedural, suplimentând astfel normele declarate expres ca fiind de procedură în Titlul II Capitolul II al Codului insolvenței.

§1. Cererea comună de deschidere a procedurii insolvenței

7. Potrivit art. 5 pct. 8, aceasta este cererea de deschidere a procedurii formulată de debitor sau creditor cu scopul deschiderii concomitente a procedurii insolvenței împotriva a doi sau mai multor membri ai unui grup de societăți, în dosare separate, dar repartizate aceluiași judecător-sindic.

Lucrurile sunt clare în ceea ce privește cererea promovată de creditor, care are doar datoria de a enumera membrii grupului și a preciza detaliile de identificare ale acestora. În ceea ce privește cererea debitorului, aceasta ar trebui să fie în fapt cererea formulată în numele *debitorilor* membri ai grupului de societăți și semnată de reprezentanții legali ai fiecărei societăți. În acest sens stipulează de altfel și art. 192 din cod: „Doi sau mai mulți debitori, membri ai unui grup (...) pot adresa tribunalului competent o cerere comună de deschidere a procedurii insolvenței”. Desigur, membrii pot mandata o societate din grup să acționeze în numele și pe seama acestora, *mandatul* urmând a fi depus odată cu cererea comună de deschidere a procedurii. Nu este obligatoriu ca mandatarul să fie societatea-mamă, atât art. 5 pct. 8, cât și art. 192 referindu-se la termenul generic de membru al grupului.

Definiția cererii comune de deschidere a procedurii introduce totodată și cel puțin două reguli procedurale:

- pentru a înlătura orice dubiu cu privire la păstrarea identității procedurilor și, implicit, a patrimoniilor individuale, se specifică în mod expres faptul că, deși se face o cerere comună de deschidere a procedurii, rezultatul este că se deschid atâtea proceduri, respectiv dosare, câți membri ai grupului sunt. Articolul 185 alin. (2) reconfirmă, de altfel, formarea unui dosar separat pentru fiecare membru al grupului.

- cu toate că, potrivit regulilor comune, fiecare dosar nou înregistrat la instanța respectivă, parcurge procedura desemnării aleatorii a judecătorului, în cazul dosarelor deschise ca urmare a unei cereri comune, se introduce o excepție pentru a asigura corelarea procedurilor. Articolul 185 alin. (3) arată modalitatea concretă în care operează această excepție, anume că se va desemna aleatoriu judecătorul primului dosar ce se va înregistra, același fiind apoi desemnat în toate celelalte dosare deschise pe baza cererii comune. Din punct de vedere tehnic, această operațiune va necesita modificări în programul ECRIS prin introducerea unei noi categorii de cereri de deschidere a procedurii insolvenței, care să permită derogarea de la regula distribuirii aleatorii pentru fiecare număr de dosar.

§2. Coordonarea procedurală

8. Potrivit art. 5 pct. 13 din cod, *coordonarea procedurală* este un set de măsuri menite să coreleze procedurile individuale deschise împotriva membrilor unui grup de societăți, cu scopul de a asigura celeritatea și armonizarea acestora, precum și minimizarea costurilor.

Efectele coordonării procedurilor se limitează la aspecte administrative și logistice, neafectând drepturile și obligațiile fundamentale ale părților. Patrimoniile entităților participante nu sunt afectate și nici răspunderea nu se transferă între participanții la proceduri.

Setul de măsuri nu are un conținut predeterminat. Acesta însă ar trebui să conțină cel puțin:

- modalitatea de comunicare și circulație a documentelor între organele ce aplică procedura;

- modalitatea de luare a deciziilor;

- alocarea de responsabilități în ceea ce privește redactarea planului de reorganizare;

- strategia de valorificare a activelor;

- derularea contractelor intra-grup;

- stabilirea și plata costurilor comune.

Toate aceste măsuri ar trebui să se regăsească în protocolul de cooperare prevăzut de art. 189 din cod, protocol ce se depune de practicianul coordonator tocmai pentru a conferi substanță acestei definiții.

§3. Grupul de societăți. Controlul. Participația calificată

9. În ultimii ani au fost propuse, de către diverse instituții ori specialiști, numeroase *definiții ale grupului*. Spre exemplu, grupul a fost definit ca fiind format din mai multe societăți ce fac afaceri în diverse piețe, sub control financiar și/sau administrativ comun. Grupul mai poate fi un „ciorchine” de societăți legate printr-o relație managerială ori o

„colecție” de subsidiare și filiale care funcționează ca entitate economică unică ori au o sursă comună de control.

În legislația românească grupul nu poate fi subiect de drept, nu poate fi titular de drepturi și obligații, fiind lipsit de personalitate juridică. Totuși, grupul este o reflectare a unei realități economice, a unei unități care, în anumite situații – inclusiv insolvența – trebuie să beneficieze de prevederi legale, care să valorifice principiile economiei de piață. Desigur, adevărații beneficiari ai acestor prevederi legale sunt membrii individuali ai grupului, deținători ai personalității juridice și ai unor patrimonii distincte, chiar dacă acestea servesc o viziune de ansamblu.

Codul insolvenței propune, în pct. 35 din art. 5, o definiție cuprinzătoare, care pune în centru controlul și/sau deținerea unor procente semnificative din părțile sociale/acțiunile societăților vizate: „grup de societăți înseamnă două sau mai multe societăți interconectate prin control și/sau deținerea participațiilor calificate”.

La rândul său, *controlul* este definit, conform pct. 9 din art. 5, prin capacitatea de a determina și influența dominant, direct sau indirect, politica operațională și financiară a societății și deciziile organelor societare, persoana, fizică sau juridică, fiind considerată ca având control în trei situații alternative: a) deține o participație calificată de cel puțin 40% din voturi și nicio altă persoană nu deține mai mult; b) deține direct sau indirect majoritatea drepturilor de vot în adunarea generală; c) are puterea de a numi sau revoca majoritatea membrilor organelor de administrație, conducere sau supraveghere.

Din prima ipoteză reiese că, în cazul în care un alt asociat sau acționar deține peste 40% din drepturile de vot, dar mai puțin de 51% – caz în care operează a doua ipoteză, prevăzută la litera b) –, acela deține controlul.

§4. Membru al grupului. Membru controlat al grupului

10. Potrivit art. 5 pct. 37 din cod, oricare dintre societățile grupului, fie aceasta societatea-mamă sau un membru controlat al grupului, se înscriu în definiția privind membrul grupului.

Articolul 5 pct. 38 stipulează că *membrul controlat al grupului* este societatea controlată de societatea-mamă. Desigur, este vorba de controlul definit la pct. 9 al aceluiași articol – a se vedea *supra*.

§5. Obligația de cooperare

11. *Obligația de cooperare* are multiple valențe. Potrivit art. 5 pct. 39 din cod, obligația de cooperare reprezintă îndatorirea instanțelor și a practicienilor în insolvență de a asigura coordonarea procedurală prin: a) schimbul de informații; b) deschiderea concomitentă a procedurilor de insolvență pentru membrii grupului; c) fixarea corelată a termenelor procedurale și a ședințelor comitetului creditorilor; d) coordonarea comunicării între practicienii în insolvență de către practicianul în insolvență desemnat în dosarul privind societatea-mamă sau cea cu cea mai mare cifră de afaceri în cazul în care nu este desemnat un singur practician.

Prin coroborarea art. 186 din cod, care prevede întâlnirea trimestrială a comitetelor creditorilor, cu textul enunțat la pct. 12 al art. 4, care stabilește, cu valoare de principiu, coordonarea procedurilor de insolvență, în scopul abordării integrate a acestor, rezultă că nici comitetele creditorilor nu sunt excluse de la obligația de cooperare.

§6. Societatea-mamă

12. Articolul 5 pct. 62 din cod definește *societatea-mamă* ca fiind acea societate care exercită controlul – definit la pct. 9 al aceluiași articol - sau influența dominantă asupra celorlalte societăți din grup. De vreme ce pct. 9 include influența dominantă în definiția controlului, precizarea de la pct. 62 referitoare la influența dominantă apare ca redundantă.

Secțiunea a 4-a. Domeniul de reglementare

13. Potrivit art. 183 din cod, grupul de societăți este supus prevederilor generale ale Codului insolvenței, statuate în Capitolul I, cu derogările și completările introduse de Capitolul II – Dispoziții speciale privind insolvența grupului de societăți. Desigur nu se pune problema insolvenței grupului de societăți *per se*, acesta neavând personalitate juridică. Așa cum argumentam *supra*, beneficiarii acestor prevederi speciale sunt constituenții grupului, societățile insolvente (și, în anumite condiții, chiar cele care nu se află în insolvență) ce îl compun.

Secțiunea a 5-a. Competența

14. Potrivit art. 185 din cod, instanța competentă să soluționeze cererea comună este tribunalul corespunzător sediului societății-mamă sau societății cu cea mai mare cifră de afaceri conform ultimei situații financiare publicate. Nu numai că aceasta este instanța ce soluționează cererea comună, dar este totodată instanța care va avea pe rol toate dosarele membrilor grupului indicați în cererea comună, indiferent de sediul acestora.

Secțiunea a 6-a. Organele care aplică procedura

§1. Judecătorul-sindic

15. Potrivit art. 185 alin. (3) din cod, judecătorul desemnat, conform sistemului de repartizare aleatorie, în primul dosar înregistrat în ECRIS, urmează a fi desemnat și în celelalte dosare privind membrii grupului. Se instituie astfel în mod expres o derogare de la prevederile art. 53 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară^[1]. Aducerea tuturor dosarelor deschise în urma unei cereri comune în fața aceluiași judecător este una dintre premisele esențiale ce fac posibilă coordonarea și corelarea procedurilor și atingeră scopului declarat al acestui capitol. Pentru respectarea acestei prevederi legale, se impune ca, la data înregistrării unei cereri de deschidere a procedurii de insolvență, grefierul registrator să *verifice dacă există pe rol un dosar de insolvență* aparținând unei alte societăți care face parte din același grup, potrivit mențiunii din cerere, respectiv din declarația depusă de debitor potrivit art. 67 lit. I) din Codul insolvenței sau a listei cuprinzând membrii grupului, prevăzută de art. 194 din cod. Dacă s-a înregistrat un asemenea dosar, dosarul înregistrat ulterior, ce vizează o persoană juridică din același grup de societăți, se repartizează manual aceluiași judecător-sindic.

^[1] „Repartizarea cauzelor pe complete de judecată se face în mod aleatoriu, în sistem informatizat. (2) Cauzele repartizate unui complet de judecată nu pot fi trecute altui complet decât în condițiile prevăzute de lege”.

Ca urmare, judecătorul-sindic va avea privirea de ansamblu asupra procedurilor multiple, iar hotărârile pe care le va pronunța vor avea în vedere corelațiile relevante. Una dintre principalele probleme în practică era tocmai pronunțarea, de către judecătorii-sindici diferiți desemnați în procedurile unui grup, a unor hotărâri contradictorii ori a unor hotărâri care obstaculau redresarea unui alt membru al grupului.

Totodată, judecătorul va putea stabili termenele prevăzute de art. 100 din cod la aceeași dată pentru ca procedurile să aibă același parcurs procedural din punct de vedere temporal. Va putea, de asemenea, ajusta ritmul procedurii atunci când intervin incidente care o blochează temporar într-un anume dosar. Spre exemplu, constatând că într-un dosar sunt numeroase contestații la tabelul preliminar, care nu se pot soluționa la un singur termen, în alt dosar cu mai puține contestații ori a căror soluționare nu ridică probleme deosebite poate stabili un termen mai lung de soluționare tocmai pentru ca termenul de depunere a planului de reorganizare să înceapă a curge de la aceeași dată (sau una apropiată) pentru ambele dosare.

§2. Administratorul judiciar

16. Pentru fiecare membru al grupului de societăți, desemnarea administratorului judiciar se face conform procedurii generale, potrivit art. 57. Suplimentar, art. 188 și art. 189 stabilesc condițiile în care se desemnează același administrator judiciar ori administratori diferiți.

În cazul procedurilor la care aceiași creditori dețin cel puțin 50% din masa credală, va fi numit același administrator judiciar pentru fiecare membru a grupului. În cazul în care nu există această suprapunere procentuală, administratorii judiciari vor fi ținuti de obligația de cooperare, iar practician coordonator va fi numit administratorul judiciar desemnat în dosarul privind societatea-mamă sau, după caz, societatea cu cea mai mare cifră de afaceri.

Rolul principal revine așadar practicianului coordonator, care trebuie să aibă capacitatea și viziunea necesare pentru realizarea celui mai bun rezultat pentru creditori, dar și, în măsura posibilului, pentru grup *per ansamblu*. Acesta trebuie să agreeze cu ceilalți administratori judiciari și să redacteze *protocolul de cooperare* prevăzut la art. 189 din cod, ce trebuie depus la dosarul cauzei – mai precis, în fiecare dosar deschis ca urmare a unei cereri comune –, urmând a fi aprobat de judecătorul-sindic.

§3. Administratorul special

17. Potrivit art. 187 din cod, adunările generale ale asociaților sau acționarilor, după caz, vor desemna același *administrator special* pentru fiecare membru al grupului.

Se pune întrebarea cum anume vor desemna adunările generale extraordinare același administrator special. Desigur, în cazul structurilor societare care concentrează decizia la aceleași persoane, nu apare niciun impediment. Acolo unde însă compoziția acționariatului nu conduce implicit la o decizie identică, soluția ar putea fi similară celei de desemnare a practicianului în insolvență coordonator, și anume să fie desemnat ca administrator special cel al societății-mamă sau al societății cu cea mai mare cifră de afaceri.

§4. Comitetul creditorilor

18. Potrivit regulilor generale, *comitetul creditorilor* va fi desemnat în conformitate cu art. 50 alin. (4) din cod. În măsura în care criteriile de valoare și categorie sunt îndeplinite, este recomandabil ca măcar o parte din membrii comitetului să fie aceiași în procedurile privind membrii grupului, în același scop de asigurare a coordonării procedurilor, inclusiv din punct de vedere strategic.

Comitetul va avea atribuțiile și va fi ținut de regulile prevăzute la art. 51. În plus față de regulile instituite prin art. 51, art. 186 din cod prevede întrunirea cel puțin trimestrială a comitetelor desemnate pentru fiecare membru al grupului, scopul principal fiind formularea de recomandări privind activitatea debitorilor și planurile de reorganizare.

Secțiunea a 7-a. Elemente procedurale specifice

§1. Deschiderea procedurii

19. Deschiderea procedurilor de insolvență se face în conformitate cu regulile generale, atât debitorii cât și creditorii putând înainta o atare cerere. Particularitățile aplicabile grupului sunt stipulate în art. 192-194 din cod. Evident, atât în cazul cererii debitorului, cât și în cazul cererii creditorului, pentru a se aplica dispozițiile capitolului privind grupurile de societăți, trebuie să fie mai mult de un debitor în stare de insolvență care să facă obiectul cererilor.

Prin excepție de la prevederile art. 66 alin. (1)^[1], în cazul cererilor promovate de debitori, la cererea comună pot adera membri ai grupului care nu se află în stare de insolvență. O asemenea cerere, formulată de un debitor ce nu este în stare de insolvență, trebuie să se înscrie într-o logică economică. Tocmai de aceea rigorile privind formularea unei astfel de cereri sunt mai stricte decât în cazul debitorilor insolvenți, fiind obligatorie aprobarea prealabilă a adunării generale a asociaților/acționarilor.

Cel puțin două sunt motivele pentru care un debitor ce nu se află în stare de insolvență poate fi interesat să subscrie la cererea comună: (i) situația în care previziunile financiare arată, cu un grad ridicat de probabilitate, o deteriorare a lichidităților – din motive intrinseci ori datorită insolvenței altor membri ai grupului cu care exista o relație de interdependență; (ii) situația în care, deși nu există pericol de insolvență cu privire la acel membru al grupului, șansele de „salvare” a grupului, ca întreg, pot crește prin integrarea în planul de restructurare a activelor societății ce nu se află în stare de insolvență.

20. În ceea ce privește *valoarea-prag*, fiind aplicabile regulile generale și deschizându-se dosare separate, considerăm că fiecare membru al grupului care subscrie la o cerere de deschidere a procedurii trebuie să îndeplinească cerința valorii prag, de 40.000 lei, prevăzută la art. 5 pct. 72. Regula se păstrează și în cazul creditorului: în cazul formulării unei cereri comune de deschidere a procedurii, creditorul trebuie să aibă o creanță de cel puțin 40.000 lei împotriva fiecărui membru al grupului.

^[1] „Debitorul aflat în stare de insolvență este obligat să adreseze tribunalului o cerere pentru a fi supus dispozițiilor prezentei legi, în termen de maximum 30 de zile de la apariția stării de insolvență. La cererea adresată tribunalului va fi atașată dovada notificării organului fiscal competent cu privire la intenția de deschidere a procedurii insolvenței”.

În plus față de documentele ce se depun la dosar potrivit art. 67, debitorii membri ai grupului trebuie să adauge: lista membrilor grupului, indiferent dacă aceștia sunt vizati de cererea de deschidere a procedurii sau nu, descrierea modului în care se desfășoară activitatea în cadrul grupului precum și lista contractelor între membrii grupului aflate în derulare.

§2. Înscrierea creanțelor

2.1. Creanțele creditorilor obișnuiți

21. Creanțele creditorilor obișnuiți, alții decât membrii grupului, se înscriu în tabelele de creanțe potrivit regulilor generale. Din păcate, conform art. 197 din cod, regulile generale se aplică și în cazul creanțelor împotriva *debitorilor solidari* ce sunt supuși prevederilor referitoare la grupul de societăți, acestea fiind înscrise potrivit art. 108^[1], ceea ce conferă creditorilor drepturi depline și complete în toate procedurile.

A înscrie creditorul cu aceeași sumă atât în tabelul obligațiilor debitorului principal, cât și în cel al co-debitorului și garantului, nu este în concordanță cu spiritul de sprijinire a restructurării și acordării unei noi șanse debitorului. În tabelele de creanță se creează o distorsiune marcantă deoarece, în realitate, este vorba de o singură creanță, ce urmează a fi recuperată o singură dată, dar textul de lege permite creditorilor să acționeze ca și cum ar avea vocația recuperării integrale a creanțelor în toate procedurile debitorilor solidari.

2.2. Creanțele membrilor grupului

22. Potrivit art. 201 din cod, creanțele membrilor grupului împotriva altui membru al grupului nu pot fi încadrate la ordinea de prioritate prevăzută la art. 161 pct. 8 sau 9. Cu alte cuvinte, indiferent de izvorul creanței, chiar dacă sunt creanțe comerciale, acestea vor fi considerate *creanțe subordonate*, urmând a fi înscrise la ordinea de prioritate prevăzută la art. 161 pct. 10 lit. a), aceeași cu a contractelor de împrumut încheiate cu persoane afiliate.

Această abordare a fost preferată în mai multe jurisdicții cu privire la creanțele membrilor grupului, considerându-se a fi asimilabile unor injecții de capital. De vreme ce debitorul a continuat să opereze, cu sprijinul altor membri ai grupului, deși se afla în dificultate financiară, se dă prevalență drepturilor creditorilor obișnuiți. Aceștia nu trebuie să fie supuși unui risc similar cu societatea-mamă sau alți membri ai grupului din moment ce operațiunile intra-grup se fac în scopul unui beneficiu economic superior al societății-mamă ori altui membru al grupului.

[1] „(1) O creanță a unui creditor cu mai mulți debitori solidari va fi înscrisă în toate tabelele de creanțe ale debitorilor cu valoarea nominală, până va fi complet acoperită. Toate tabelele vor fi actualizate corespunzător cu sumele distribuite.

(2) Dacă creanțele au fost stinse sau modificate, total sau parțial, se va proceda la o modificare corespunzătoare a tabelului de creanțe, după caz. Odată cu convocatorul adunării creditorilor se va publica și tabelul de creditori actualizat cu sumele stinse sau modificate în timpul procedurii. Odată cu contestarea procesului-verbal al adunării, creditorii vor putea contesta în aceleași termene și condiții și tabelul astfel publicat”.

§3. Tratamentul acțiunilor în anulare

23. Între societățile membre ale unui grup este firesc să existe contracte și tranzacții. Cum am arătat *supra*, una dintre rațiunile constituirii unui grup este optimizarea afacerii per ansamblu, astfel încât între membrii grupului pot exista numeroase legături contractuale și operaționale, spre exemplu: contracte de vânzare-cumpărare, însoțite eventual de strategii privind prețurile de transfer; contracte de împrumut, eventual acordate pentru rambursarea unor credite de care beneficiază și ceilalți membri ai grupului; refacturarea unor costuri, în special atunci când contracte de servicii, marketing sau chiar management sunt încheiate cu un membru al grupului, dar de serviciile respective beneficiază mai mulți membri ai acestuia.

Din acest motiv, art. 198 din cod prevede ca, în cazul în care administratorul judiciar intenționează să promoveze o acțiune în anulare în temeiul art. 117, vizând acte încheiate în *perioada suspectă*, acesta trebuie să comunice această intenție celorlalți administratori judiciari și practicianului coordonator. Efectele potențiale ale admiterii unei asemenea acțiuni urmează a fi analizate împreună cu comitetele creditorilor, iar decizia se va lua pe considerente de oportunitate.

§4. Planul de reorganizare

24. Dispozițiile generale cu privire la planul de reorganizare sunt pe deplin aplicabile, cu două elemente de diferență, prevăzute în art. 199 și art. 200 din cod:

- termenul de depunere a planurilor de reorganizare este dublu față de procedura generală, respectiv 60 de zile de la data publicării tabelului definitiv al creanțelor;
- administratorii judiciari sunt obligați să schimbe informații care să permită depunerea unor planuri de reorganizare compatibile și coordonate.

Aceasta din urmă este, probabil, cea mai importantă prevedere de natură să asigure succesul restructurării la nivel de grup.

§5. Contractele de împrumut

25. Potrivit art. 202 din cod, un membru al grupului poate sprijini activitatea curentă ori planul de reorganizare ale unui alt membru al grupului prin acordarea de împrumuturi, cu acordul comitetului creditorilor. Pentru stimularea *finanțării intra-grup* după data deschiderii procedurii insolvenței s-a acordat creditorului împrumutător membru al grupului o poziție care, în ipoteza deschiderii procedurii falimentului, asigură acestuia o șansă de recuperare egală cu cea a oricărui creditor ce asigură continuarea procedurii, ordinea de prioritate fiind cea stabilită conform art. 161 pct. 4 din cod^[1].

Codul nu precizează în clar dacă este necesar acordul comitetului creditorilor membrului împrumutător al grupului ori al membrului împrumutat. Interpretarea gramaticală ne-ar putea conduce la ideea că este suficient acordul împrumutătorului, mai ales că împrumutătorul își asumă un risc suplimentar de diminuare a patrimoniului în cazul imposibilității de returnare a împrumutului. Totuși, și pentru împrumutat și creditorii

^[1] „4. creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, cele datorate cocontractanților potrivit prevederilor art. 123 alin. (4) și cele datorate terților dobânditori de bunăcredință sau subdobânditorilor care restituie averii debitorului bunurile ori contravaloarea acestora potrivit prevederilor art. 120 alin. (2), respectiv ale art. 121 alin. (1)”.

acestuia, poate apărea un risc, în principal datorită dificultăților din activitatea curentă care împiedică returnarea acestuia și majorarea în acest fel a masei credale, urmată de o recuperare mai redusă a creanțelor de către creditori pe o ordine de prioritate inferioară. De altfel, sunt aplicabile prevederile art. 87 alin. (2) din partea generală a codului, care presupun aprobarea comitetului creditorilor pentru actele și operațiunile ce depășesc activitatea curentă, astfel că, în opinia noastră, este necesară și aprobarea comitetului creditorilor membrului împrumutat al grupului.

Constituie o excepție situația în care împrumutul acordat se circumscrie ipotezei prevăzute la art. 5 pct. 2, ipoteză în care este considerată ca făcând parte din activitățile curente *asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente*. Așadar, în măsura în care împrumutul este acordat în scopul finanțării capitalului de lucru, în limitele firești și rezonabile ale acestuia, inclusiv în ceea ce privește dobânda, nu este necesar acordul comitetului creditorilor membrului împrumutat al grupului.

§6. Închiderea procedurii

26. În ceea ce privește *închiderea procedurii insolvenței grupului de societăți*, legiuitorul nu a prevăzut nicio derogare de la prevederile generale de închidere, astfel încât oricare dintre articolele privind închiderea procedurii se aplică fiecăruia dintre membrii grupului, după cum este cazul. Considerăm că, la închiderea procedurii, judecătorul-sindic va analiza situația fiecărui debitor membru și va dispune în consecință, fără ca, în acest caz, să existe o obligație de coordonare între proceduri. Aceasta, deoarece, scopul coordonării și al cooperării în cadrul insolvenței grupului sunt atinse, practic, doar în perioada de observație și reorganizare, în faliment urmând doar să se lichideze activele. Este adevărat că, și în cazul lichidării, pot exista proceduri coordonate, în scopul maximizării valorilor ce pot fi obținute dintr-o vânzare corelată, dar acest aspect nu este de natură a conduce la concluzia că și închiderea procedurii grupului trebuie să se facă corelat.

§7. Jurisprudența relevantă în privința insolvenței transfrontaliere a grupului de societăți

27. Raportat la modalitatea de funcționare în practică a mecanismelor de coordonare procesuală a insolvenței grupului de societăți la nivel internațional, există conturată o jurisprudență, iar experiența acumulată este de natură a demonstra, o dată în plus, necesitatea existenței cel puțin a unor reglementări în materia insolvenței grupului de societăți aflate pe teritoriul aceleiași țări.

Atunci când afacerea este controlată și condusă de un grup de membri localizați în jurisdicții diferite, de o manieră integrată și ordonată, este de așteptat ca eșecul economic al unuia dintre membri să se manifeste într-o serie de insolvențe care vor afecta și ceilalți membri, din diferite alte jurisdicții.

7.1. Cazul *Maxwell Communication Corporation*

28. *Cazul Maxwell Communication Corporation plc.*, 1991 a implicat două proceduri principale de insolvență, inițiate de către debitor, una localizată în Statele Unite, iar cealaltă în Regatul Unit, cu desemnarea concomitentă a doi practicieni diferiți, fiecare

deținând atribuții similare. Atât judecătorul din Statele Unite, cât și cel englez, au considerat în egală măsură că o cooperare între cei doi practicieni ar putea rezolva conflictele și facilita schimbul de informații. S-a încheiat în acest sens un *Acord comun*, prin care au fost subliniate două principii: maximizarea valorii activelor și armonizarea celor două proceduri de insolvență, prin minimizarea costurilor, pierderilor și eventualelor contradicții la nivel jurisdicțional.

Părțile au agreeat un aspect esențial, și anume că instanța din Statele Unite va respecta procedurile engleze, atâta timp cât au fost identificate certe criterii în acest sens. Un element de specificitate l-a constituit menținerea unei părți din managementul companiei în interesul conservării valorii laturii active, dar s-a considerat că practicianul desemnat în Regatul Unit va avea dreptul de a selecta, cu acordul omologului său din Statele Unite, personalul păstrat. De asemenea, s-a stabilit că reprezentantul englez va notifica reprezentantul procedurii din Statele Unite înainte de a se implica în orice fel de tranzacții având ca obiect activele debitorului.

7.2. Cazul *KNPQwest*

29. *KNPQwest* a fost un concern internațional activând în telecomunicații, care opera o rețea de fibră optică la nivelul mai multor state, atât din Europa, cât și din Statele Unite. Pentru partea franceză a rețelei, coordonarea era asigurată de o filială localizată pe teritoriul Franței, pentru partea germană, în Germania, și așa mai departe. Când compania mamă din Olanda a ajuns în blocaj financiar, multe dintre filiale au fost obligate să solicite deschiderea procedurii de insolvență la nivelul jurisdicției locale, unde acestea erau înregistrate. Din păcate, niciuna nu a fost în măsură a se coordona în mod adecvat într-o procedură de reorganizare unitară, în cooperare cu întreaga rețea, astfel încât fiecare dintre filiale a fost efectiv distrusă ca business.

7.3. Cazul *Lehman Brothers*

30. Insolvența *Lehman Brothers* a fost deschisă de New York Unites States – Bankruptcy Court în anul 2008. De atunci, mai mult de 75 de proceduri de insolvență au fost deschise în legătură cu *Lehman Brothers Holdings Inc.* și afiliații săi în 16 jurisdicții diferite. Procedurile de insolvență au avut diferite organe de administrare a procedurii, în diferite instanțe de judecată.

Înainte de declanșarea *craș*-ului financiar, *Lehman Brothers* era una dintre cele mai mari instituții financiar-bancare din lume, concentrând un grup de companii bazat pe un management centralizat de plăți, incluzând mai bine de 2.700 aplicații de soft și având filiale în întreaga lume. Datorită naturii și a structurii grupului, precum și având în vedere localizarea dispersată a activelor sale, debitorii și reprezentanții în procedură au purtat discuții mai bine de o lună după deschiderea procedurii principale în Statele Unite, pentru a ajunge la un așa numit *Acord de insolvență* de natură a coordona în mod integrat toate procedurile. Cu toate acestea, datorită lipsei acordului tuturor părților implicate, acest Acord a rămas mai degrabă la nivel declarativ sau de principii lucrative.

Secțiunea a 8-a. Concluzii cu privire la insolvența grupului de societăți

31. Normele privind insolvența grupului de societăți au fost create din nevoia unei viziuni integrate în cazul grupurilor complexe care, până acum, s-au văzut lipsite de instrumente pentru restructurarea ori lichidarea sistematică, pe baza logicii economice a aceleia afaceri.

În ce măsură aceste instrumente vor fi și adecvate, doar practica va arăta. Se poate susține că, în lipsa unor sancțiuni exprese, unele măsuri privind grupurile de societăți, preconizate de cod, vor fi dificil de implementat. Nu trebuie omis însă că aceste prevederi sunt menite să faciliteze în special restructurarea ori, cel puțin, valorificarea ordonată a unor active ce aparțin unei singure entități economice. Normele create pentru a facilita o abordare nu pot fi impuse în mod coercitiv. Dacă nu există dorința și voința de a extrage beneficiul acestora, nu există motivația de a le implementa. Elementele-cheie sunt deci disponibilitatea de a coopera, precum și buna-credință a participanților, esențiale pentru dezvoltarea unei culturi de cooperare.

CAPITOLUL XVII. FALIMENTUL INSTITUȚIILOR DE CREDIT

Secțiunea 1. Abordarea insolvenței instituțiilor de credit în diferite reglementări

1. Dinamica modului de configurare a remediilor, respectiv a mecanismelor de lichidare a instituțiilor de credit aflate în dificultate urmează, adesea, în mod corespunzător transformările în plan economic. De aceea, problemele înregistrate recent în planul economiei mondiale și-au pus amprenta asupra măsurilor adoptate în vederea gestionării riscului eșecului unei instituții de credit.

Pentru o perspectivă generală asupra *sistemului de restructurare bancară*, sunt relevante datele sintetizate de Banca Mondială pentru perioada aferentă anilor 2003-2008. Astfel, baza de date cuprinde analiza sistemului legislativ din 143 de țări, însă în interesul prezentului capitol vom insista asupra celor mai răspândite metode în restructurarea bancară^[1]

În punct de vedere al frecvenței, cea mai întâlnită formă de restructurare presupune închiderea băncii urmată de lichidare (988 de cazuri raportate în 2008), secundată de metoda transferului de active și pasive împreună cu fuziunea și achizițiile (172 de cazuri raportate în 2008). Cea mai puțin uzitată metodă de restructurare a fost intervenția forțată (preluarea controlului) și asistența deschisă a băncii aflate în dificultate (66 de cazuri raportate în 2008). Cu toate acestea, luând în considerare procentul activelor din sistemul bancar, cea mai importantă metodă de restructurare a fost transferul de active și pasive, urmat de cel al fuziunii și achizițiilor^[2].

Mergând mai departe către evidențierea măsurilor de restructurare financiar-bancară, considerăm că schimbarea de viziune în sistemul american constituie o tendință care apropie una dintre cele mai liberale politici publice de cea întâlnită în sistemul european. Ca răspuns la rezultatele dezastruoase ale crizei financiare recente, legislativul american a încercat să creeze măsuri de control demne de a fi comparate cu cele întâlnite după criza din 1929^[3]. Legea prin care s-au materializat aceste măsuri, respectiv *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* a fost adoptată la data de 21 iulie 2010 și are drept scop principal reformarea sistemului de protecție împotriva riscurilor sistemice. Astfel, o bancă aflată în proces de administrare judiciară își pierde dreptul de a opera, autorizația fiindu-i suspendată în conformitate cu dispozițiile Codului insolvenței (*Bankruptcy Code*). Cu toate acestea, operațiunile bancare în derulare rămân sub administrarea *Federal Deposit Insurance Corporation* (FDIC)^[4].

^[1] World Bank, 2010, Bank Regulation and Supervision (updated June 2008), <http://econ.worldbank.org>.

^[2] M. Marinč, R. Vlahu, The Economic Perspective of Bank Bankruptcy Law, FED Cleveland Conference on Resolving Insolvent Large and Complex Financial Institutions, 15 august 2011, p. 26, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1822682.

^[3] Pentru discuțiile privind adoptarea și impactul modificărilor legislative, a se vedea: D. Paletta, A. Lucchetti, Law Remakes U.S. Financial Landscape (16 July 2010), <http://online.wsj.com>.

^[4] M. Marinč, R. Vlahu, op. cit., p. 30.

2. Analiza instituțiilor și reglementărilor incidente în dreptul britanic în materie evidențiază o filosofie juridică particulară determinată de evoluțiile recente ale sistemului financiar, dar care se încadrează în cadrul comunitar general. Astfel, prin intermediul Legii Bancare, intrată în vigoare la data de 21 februarie 2009 (*The Banking Act 2009*), înlocuind Legea Bancară (Proceduri speciale) din 2008 [*Banking (Special Provisions) Act 2008*], au fost adăugate două noi proceduri privind insolvența și administrarea bancară, creându-se totodată premisele preluării de către stat a acestor entități în dificultate. Procedurile amintite derivă dintr-un *sistem special de decizie* organizat de Legea Bancară, care oferă unei autorități tripartite compusă din Banca Angliei, Autoritatea Serviciilor Financiare și Trezorerie noi instrumente de control și restructurare în privința instituțiilor bancare aflate în dificultate^[1].

Cu titlu particular, amintim că regimul special de decizie include în faza pre-insolvență trei opțiuni de stabilizare (*the stabilisation options*), respectiv: transferul către un cumpărător privat (Banca Angliei are competența de a transfera total sau în parte, fie prin vânzare de acțiuni, fie prin vânzare comercială, patrimoniul băncii în dificultate); transferul către o bancă-punte (Banca Angliei poate transfera patrimoniul total sau în parte prin vânzare comercială către o bancă-punte, care trebuie să fie deținută sau administrată de către Banca Angliei) și transferul temporar către o instituție publică (Trezoreria poate transfera acțiunile băncii în dificultate către un departament al său ori către o societate deținută în întregime de către Trezorerie). Dreptul de a aplica aceste „opțiuni de stabilizare” include, pe lângă legitimitatea de a efectua transferul acțiunilor și al altor garanții sau drepturi de proprietate, și posibilitatea de a efectua un transfer invers^[2]. Prin intermediul acestor opțiuni de stabilizare se ajunge, practic, la divizarea băncii aflate în dificultate, partea viabilă urmând a fi transferată către altă entitate, iar partea rămasă, respectiv „banca reziduală”, va continua să existe^[3].

3. În dreptul francez, tratamentul instituțiilor de credit, al societăților de finanțare, al instituțiilor de monedă electronică, al instituțiilor de plată și societăților de investiții în dificultate este dezvoltat de Cartea a VI-a, Titlul I, Capitolul 3, Secțiunea 2 din Codul monetar și financiar. În cadrul secțiunii menționate sunt evidențiate trei categorii de măsuri: măsuri specifice de salvagardare, redresare sau lichidare judiciară; măsuri de stabilizare și lichidare a instituțiilor de credit comunitare și măsuri de prevenire și soluționare a crizelor bancare^[4]. Materia analizată a fost amendată recent^[5], astfel că Autoritatea de control prudential și decizie a primit noi prerogative de prevenire și gestiune a crizelor bancare, care se adaugă atribuțiilor de supraveghere.

Menționăm, de asemenea, că potrivit art. 312-5 din Codul monetar și financiar francez, Fondul de garantare a depozitelor are prerogative de intervenție, în privința unei instituții de credit, la cererea sau, după caz, propunerea ori sesizarea Autorității de

^[1] *Allen & Overy*, *New Insolvency Procedures for Banks and Building Societies*, în *Bulletin An essential guide summarising key features*, februarie 2011, p. 1.

^[2] *Banking Act 2009*, Part 1, *The stabilisation options*, www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/part/1/crossheading/the-stabilisation-options.

^[3] Pentru detalii, a se vedea: Annex 17 *Special Resolution Regime Introduced in U.K.: Powers and safeguards*, ec.europa.eu/internal_market/bank/windingup/index_en.htm.

^[4] *Code monétaire et financier*, www.legifrance.gouv.fr.

^[5] *Ordonnance n° 2013-544 du 27.06.2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement*; *Loi n° 2013-672 du 26.07.2013 de séparation et de régulation des activités bancaires*; *Ordonnance n° 2014-158 du 20.02.2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière financière*.

control prudențial și decizie în anumite situații. Astfel, de exemplu, Fondul, la propunerea Autorității, poate interveni, cu titlu preventiv, atunci când starea financiară a unei instituții de credit creează o temere referitoare la imposibilitatea plății depozitelor care vor ajunge la termen. În cazul unui accept, Fondul definește în urma unui aviz al Autorității condițiile intervenției sale realizate cu titlu preventiv, putând subordona, în mod particular, acțiunea sa de cesiunea totală sau parțială a instituției de credit sau de încetarea activității acesteia, mai ales prin cesiunea fondului său de comerț.

Secțiunea a 2-a. Proceduri speciale de supraveghere, redresare, restructurare și stabilizare

4. În România, măsurile pre-falimentare care pot fi dispuse cu privire la instituțiile de credit sunt reglementate prin O.U.G. nr. 99/2006, iar nu în cadrul Codului insolvenței. Cu toate acestea, pentru o abordare de ansamblu a problemei, dar mai ales datorită faptului că aceste măsuri sunt analizate, în literatura de specialitate, ca fiind un echivalent al reorganizării judiciare care se realizează, însă, sub supravegherea autorității prudențiale^[1], se impun câteva mențiuni prealabile în privința procedurilor menționate.

Banca Națională a României, în cadrul atribuțiilor de supraveghere prudențială, are competența de a institui anumite proceduri în privința unei instituții de credit, după cum urmează: procedura supravegherii speciale, administrarea specială, măsuri de stabilizare, fiecareia dintre acestea corespunzându-i o anumită stare a patrimoniului.

§1. Supravegherea specială

5. Amintim că *supravegherea specială* este reglementată de prevederile art. 237-239 din O.U.G. nr. 99/2006 și poate fi dispusă de Banca Națională a României pentru încălcarea legii sau a reglementărilor emise în aplicarea acesteia. Supravegherea specială se realizează prin intermediul unei comisii formate din maximum șapte specialiști din cadrul B.N.R.

În doctrină s-a apreciat că toate măsurile de supraveghere specială reprezintă, în fapt, echivalentul procedurii reorganizării judiciare din dreptul comun^[2]. Urmând o abordare asemănătoare, procedurile prejudiciale prealabile falimentului sunt privite drept o „soluție-surogat” a reorganizării judiciare^[3].

§2. Administrarea specială

6. *Administrarea specială* este o procedură prin care se tinde la redresarea și restructurarea instituției de credit. Administrarea specială intervine pentru situațiile prevăzute de art. 240 alin. (1), (2) și art. 240² alin. (1) din O.U.G. nr. 99/2006 care includ, printre altele, și aspecte ce țin de deteriorarea semnificativă a indicatorilor prudențiali și de performanță financiară, înregistrarea unei crize de lichiditate de natură să pericliteze interesele

^[1] Pentru detalii cu privire la abordarea măsurilor dispuse de Banca Națională a României ca modalități de preîntâmpinare a falimentului instituțiilor de credit, a se vedea I. Silberstein, *Procedurile speciale bancare în noua abordare legislativă*, în *Aspecte juridice într-un sistem bancar mondial în schimbare*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 93.

^[2] D.M. Mănescu, *Regimul juridic al societăților bancare*, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 283.

^[3] Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 827.

deponenților sau ale altor creditori, diminuarea fondurilor proprii la un nivel care nu depășește 75% din nivelul minim al cerințelor de capital calculate potrivit reglementărilor B.N.R.

Perioada pentru care ar urma să se instituie administrarea specială este, de regulă, de 4 luni de la data hotărârii B.N.R. Nu este însă exclusă posibilitatea stabilirii unui interval mai scurt prin intermediul hotărârii menționate. În ambele situații, există posibilitatea de prelungire a perioadei inițiale în vederea finalizării măsurilor de restructurare.

7. Instituirea administrării speciale presupune desemnarea unui *administrator special* (persoană fizică sau juridică, inclusiv Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar) în vederea realizării obiectivelor dispuse prin hotărârea autorității de supraveghere prudențială. După desemnare, administratorul special urmează să analizeze situația instituției de credit raportat la următoarele alternative: redresarea instituției de credit, restructurarea activității instituției potrivit unui plan de acțiune supus spre aprobare B.N.R. sau introducerea cererii pentru declanșarea procedurii falimentului.

8. Dacă procedura supravegherii speciale presupune urmărirea modului în care se acționează pentru înlăturarea deficiențelor sau a aplicării recomandărilor formulate de către B.N.R., procedura administrării speciale afectează dreptul de conducere al organelor statutare și chiar suspendarea dreptului de vot al acționarilor care au dețineri calificate. Atribuțiile administratorului special privind evaluarea posibilităților de redresare, restructurare prin măsuri specifice procedurii insolvenței de drept comun demonstrează că, în fapt, prin intermediul acestei proceduri, se tinde la *reorganizarea instituției de credit sub supravegherea Băncii Naționale*. Cât privește recurgerea la măsurile de restructurare constând în majorarea capitalului social, vânzarea de active cu asumare de pasive către o instituție financiară, respectiv fuziunea, divizarea, demonstrează că starea economico-financiară a instituției de credit vizate este gravă.

Astfel, potrivit art. 240²² din O.U.G. nr. 99/2006, măsurile implementate în cursul administrării speciale nu pot fi suspendate sau desființate pe cale judecătorească, inclusiv în procedura falimentului, aspect care confirmă împrejurarea că suntem în prezența unei proceduri de pre-insolvență cu *efecte* în procedura judiciară similară, cel puțin, cu ipoteza actelor încheiate în perioada concordatului sau mandatului ad-hoc^[1].

Totodată, în conformitate cu prevederile art. 240²¹ din O.U.G. nr. 99/2006, astfel cum a fost amendată prin O.U.G. nr. 26/2010, persoana care se consideră prejudiciată prin măsurile dispuse de administratorul special se poate adresa instanței competente pentru a solicita *despăgubiri* limitate strict la diferența dintre valoarea estimativă care ar putea fi primită prin distribuire în caz de faliment și sumele efectiv încasate. Această reglementare apropie, de asemenea, procedura administrării speciale de reorganizarea judiciară din dreptul comun, unde se prevede, în cadrul tratamentului echitabil, printre altele, imposibilitatea unei categorii de creditor de a primi mai puțin decât ar fi primit în cazul falimentului^[2].

[1] A se vedea art. 117 alin. (3) din Codul insolvenței.

[2] Pentru tratamentul echitabil în cadrul reorganizării societăților de drept comun, a se vedea art. 139 alin. (2) lit. a) din Codul insolvenței.

§3. Măsurile de stabilizare

9. Măsurile de stabilizare au fost introduse în cadrul O.U.G. nr. 99/2006 în anul 2012^[1] justificat de „contextul situației economice internaționale și al creșterii în prezent a nivelului riscurilor la adresa stabilității financiare”^[2]. Dispunerea acestor măsuri intră în competența B.N.R. în vederea stabilizării situației instituției de credit care, deși a fost supusă administrării speciale, demersul nu a dat rezultate, astfel că este previzibilă o deteriorare semnificativă a indicatorilor economici, iar datorită anvergurii instituției de credit există o amenințare la adresa stabilității financiare, a protecției deponenților, existând un risc sever cu privire la menținerea încrederii populației în sistemul bancar.

Măsurile de stabilizare prevăzute de articolul 240²³ din O.U.G. nr. 99/2006 sunt deosebite de energice și constau în:

a) transferul total sau parțial de active și pasive ale unei instituții de credit către una sau mai multe instituții eligibile. Ipoteza în discuție presupune transferul unor portofolii de credite și asumarea unor depozite, care ar trebui să aibă loc cu respectarea legislației speciale referitoare la calitatea persoanei care ar putea să primească cu titlu profesional sume în depozit, a dispozițiilor privitoare la concurență sau chiar a prevederilor legale privind dreptul muncii, dacă se ajunge la transferuri de personal;

b) implicarea Fondului de garantarea a depozitelor în sistemul bancar în calitate de administrator delegat și, după caz, de acționar, în măsura în care anterior s-a dispus suspendarea dreptului de vot al acționariatului care deține controlul;

c) transferul de active și pasive către o bancă-punte entitate care se constituie special în acest scop, având un termen determinat de funcționare, de principiu 2 ani.

Fără a intra într-o analiză a măsurilor de stabilizare, este evident că acestea își propun asigurarea continuității activității instituției de credit, menținerea stabilității financiare și a disciplinei, protejarea deponenților garantați pentru a nu fi afectată semnificativ funcționarea economiei, respectiv a pieței financiare.

Analizând esența celor trei măsuri de prevenire a falimentului instituțiilor de credit, rezultă că, indiferent de calificare, respectiv măsuri propriu-zise de reorganizare sau un „surogat” al reorganizării, se dovedesc justificate, cel puțin din perspectiva rapidității și eficienței cu care pot fi dispuse de B.N.R., în calitate de autoritate de supraveghere, în vederea protejării mediului economic și financiar de posibilele blocaje generate de instabilitatea financiară a unei instituții de credit, a deponenților garantați, asigurând totodată în privința celorlalți creditorilor un tratament echitabil, în sensul că vor avea deschisă calea unei acțiuni în despăgubiri pentru a putea primi cel puțin cât ar fi primit în cazul falimentului instituției de credit.

§4. Corelația dintre lichidarea voluntară și faliment

10. În conformitate cu prevederile art. 257 din O.U.G. nr. 99/2006, împrejurarea că o instituție de credit se află în lichidare *nu împiedică declanșarea procedurii falimentului*,

^[1] O.G. nr. 1/2012 (M. Of. nr. 41 din 18 ianuarie 2012).

^[2] Notă de fundamentare la O.G. nr. 1/2012 pentru modificarea și completarea unor acte normative din domeniul instituțiilor de credit, www.guv.ro.

dacă se dovedește că pe parcursul lichidării se află într-una dintre ipotezele care caracterizează starea de insolvență^[1].

§5. Corelația între atribuțiile B.N.R. și autoritatea de supraveghere europeană

11. În privința cadrului general de supraveghere la nivel european, funcționează Sistemul European de Supraveghere Financiară (S.E.S.F.) care are drept scop supravegherea financiară a Uniunii Europene.

Ulterior constituirii acestui sistem, legiuitorul european a continuat în direcția stabilirii de noi măsuri de supraveghere prin dispozițiile Regulamentului (UE) nr. 575/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 26 iunie 2013 privind cerințele prudențiale pentru instituțiile de credit și societățile de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012, respectiv ale Directivei nr. 2013/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 26 iunie 2013 cu privire la accesul la activitatea instituțiilor de credit și supravegherea prudențială a instituțiilor de credit și societăților de investiții, de modificare a Directivei nr. 2002/87/CE și de abrogare a Directivelor nr. 2006/48/CE și nr. 2006/49/CE^[2].

Sistemul european de supraveghere, compus din Comitetul european pentru risc sistemic (C.E.R.S.) și Autoritatea Bancară Europeană, fiind completat de Comitetul european al inspectorilor bancari (C.E.I.B.), are rolul de supraveghere a instituțiilor financiare și de prevenire a riscurilor sistemice, astfel că orice instituție financiară care depășește pragul de impact prevăzut de Regulament este supravegheată individual de către aceste instituții, B.N.R. cooperând cu autoritățile europene^[3].

Secțiunea a 3-a. Falimentul instituțiilor de credit, reglementat de Codul insolvenței

§1. Precizări prealabile

12. Codul insolvenței, pornind de la o viziune integratoare^[4], abordează și problema falimentului instituțiilor de credit. Deși este vorba despre un act comun tuturor actorilor de pe piață, tratamentul instituțiilor de credit pentru ipoteza eșecului nu urmează întocmai regulile de drept comun în materie, ci cunoaște o serie de norme speciale. Astfel, Titlul II, Capitolul III cuprinde „Dispoziții privind falimentul instituțiilor de credit”, determinate de specificul modului de funcționare și al activităților financiare derulate de un asemenea subiect de drept. Prin urmare, potrivit art. 204 din Codul insolvenței, prevederile de drept comun, exceptând cele referitoare la reorganizarea judiciară, urmează să se aplice în materie „cu derogările și completările prevăzute în acest capitol”. Regimul juridic specific bazat, în principal, pe mecanisme de prevenție derulate prin intermediul

^[1] Pentru o analiză mai detaliată a diferenței dintre lichidarea voluntară reglementată de Legea nr. 31/1990 și lichidarea ca etapă în cadrul procedurii falimentului reglementată de Codul insolvenței, a se vedea: St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 969-988.

^[2] Publicate în J.O.U.E. nr. L 176 din 27 iunie 2013.

^[3] L. Smarandache, Regimul juridic al instituțiilor de credit, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 342-347.

^[4] Expunerea de motive a Proiectului de lege privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, www.cdep.ro.

autorităților de reglementare în domeniu și recurgerea la faliment doar ca un ultim resort, este justificat de așa-numitul „risc sistemic” inerent tipologiei activității bancare. Cu alte cuvinte, dificultățile unei instituții de credit se propagă, în cascadă, asupra economiei, afectând atât societăți, cât și particulari.

Noua reglementare preia, în mare parte, viziunea dezvoltată anterior prin O.G. nr. 10/2004 asupra falimentului instituțiilor de credit, ținând totodată cont de particularitățile instituite prin O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului.

13. După cum anunță chiar denumirea capitolului, în privința instituțiilor de credit nu vom regăsi *decât varianta falimentului, iar nu și reorganizarea judiciară*. Soluția urmează principiul exprimat anterior prin Legea nr. 278/2004, care a aprobat O.G. nr. 10/2004 cu modificarea titlului inițial al Ordonanței și restructurarea conținutului acesteia și a stabilit doar norme „privind falimentul instituțiilor de credit”, eliminând ipoteza reorganizării.

Rațiunea unei atare opțiuni trebuie analizată din perspectiva măsurilor administrative conexe reglementate de O.U.G. nr. 99/2006, prin care se tinde, în cele din urmă, la redresarea instituției de credit (supravegherea specială, administrarea specială, măsuri de stabilizare). Astfel, scopul salvării instituției de credit aflate în dificultate financiară poate fi realizat prin intermediul procedurilor administrative prealabile speciale menționate anterior, desfășurate sub supravegherea autorității prudențiale în domeniu. Ori, odată constatată imposibilitatea redresării într-o procedură administrativă, este greu de justificat posibilitatea restabilirii situației financiare într-o procedură judiciară colectivă.

Prin urmare, dacă procedurile amintite se dovedesc fără efect, rămâne deschisă calea apelării la instanța de judecată competentă doar pentru declararea falimentului instituției de credit. Din această perspectivă, în doctrină s-a apreciat că „*procedurile prefalimentare* sunt soluția-surogat a procedurii reorganizării judiciare aleasă de legiuitorul român în cazul băncilor”^[1]. Cu toate acestea, nu trebuie confundată procedura redresării financiare a unei instituții de credit prin intermediul măsurilor administrative în discuție cu procedura reorganizării judiciare prevăzute de dreptul comun. Dincolo de cadrul distinct în care se desfășoară (primele extrajudiciare, iar ultima judiciar), în vreme ce procedurile administrative speciale se derulează sub supravegherea B.N.R., reorganizarea judiciară colectivă ar urma să se desfășoare sub controlul de legalitate al judecătorului-sindic și cel de oportunitate al creditorilor. Ori, controlul creditorilor în cadrul măsurilor derulate sub autoritatea B.N.R. este aproape inexistent, aceștia având doar posibilitatea de solicita despăgubiri, în măsura în care nu ar beneficia de un tratament echivalent tratamentului din cadrul procedurii falimentului instituției de credit.

Pornind de la modul în care funcționează, este evident faptul că aceste proceduri au drept scop redresarea instituției de credit și sunt, adesea, mai energice decât cele incluse într-un plan de reorganizare întocmit în condițiile dreptului comun. Astfel, se poate aprecia că măsurile prevăzute de O.U.G. nr. 99/2006 pot fi privite drept un corespondent al măsurilor dintr-un plan de reorganizare, așa cum acestea sunt definite de art. 133 alin. (5) din Codul insolvenței.

Totodată, menționăm că anterior adoptării unor reglementări specifice materiei insolvenței instituțiilor de credit (Legea nr. 83/1998, iar ulterior O.G. nr. 10/2004), cazurile de insolvență a acestor instituții erau analizate din perspectiva dreptului comun, ceea

[1] Gh. Piperea, op. cit., p. 827.

ce a făcut posibilă din punct de vedere juridic, cel puțin la nivel teoretic, reorganizarea judiciară^[1].

14. Noua reglementare urmează (similar actului normativ anterior) sursa comunitară reprezentată de Directiva nr. 2001/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 aprilie 2001 privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit^[2]. Prin intermediul Directivei nu se stabilește un drept uniform în materie, ci se tinde, mai degrabă, la recunoașterea mutuală a măsurilor de reorganizare sau lichidare adoptate de statele membre. Directiva definește la art. 2, printre altele, noțiunile de „măsuri de reorganizare” și „proceduri de lichidare”, după cum urmează: „măsuri de reorganizare înseamnă măsuri destinate să mențină sau să restabilească situația financiară a unei instituții de credit și care ar putea afecta drepturile preexistente ale terților, inclusiv măsuri care implică posibilitatea unei suspendări a plăților, o suspendare a măsurilor de executare sau o reducere a creanțelor”, iar „proceduri de lichidare înseamnă proceduri colective deschise și controlate de autoritățile administrative sau judiciare ale statelor membre, cu scopul de a lichida bunuri sub supravegherea acelor autorități, inclusiv când procedurile sunt încheiate printr-un concordat sau o altă măsură similară”.

Din ansamblul dispozițiilor, rezultă că Directiva lasă la latitudinea normelor naționale stabilirea naturii măsurilor de reorganizare, respectiv administrative sau judiciare.

De altminteri, astfel cum s-a reținut de către Curtea de Justiție a Uniunii Europene, „efectele pe care le pot produce măsurile de reorganizare și de lichidare adoptate de autoritățile administrative sau judiciare din statul membru de origine în celelalte state membre ale Uniunii sunt determinate, conform articolului 3 alineatul (2) al doilea paragraf și articolului 9 alineatul (1) al doilea paragraf din Directiva nr. 2001/24, de dreptul statului membru de origine. În consecință, directiva menționată nu se opune ca acest stat membru să modifice, chiar cu efect retroactiv, regimul juridic aplicabil unor astfel de măsuri”^[3].

Prin urmare, soluția din dreptul nostru de a recurge doar la măsuri de redresare administrativă a instituțiilor de credit (cu posibilitatea de a se solicita despăgubiri în ipoteza în care nu ar fi asigurat un tratament echilibrat pe parcursul derulării unor asemenea măsuri), rămânând deschisă calea procedurii judiciare doar pentru a se dispune trecerea la faliment, nu intră în dezacord cu actul comunitar amintit.

§2. Domeniul de aplicare al procedurii falimentului instituțiilor de credit

15. *Domeniul de aplicare* al dispozițiilor speciale privind procedura falimentului include nu numai instituțiile de credit, persoane juridice române, ci și sucursalele acestora cu sediul în străinătate. Soluția este justificată de parag. 3 din expunerea de motive a Directivei nr. 2001/24/CE, pentru că „în timpul desfășurării activității, o instituție de credit și sucursalele sale formează o entitate unică care face obiectul supravegherii autorităților

^[1] Pentru dezvoltări privind evoluția generală a legislației insolvenței în dreptul românesc, a se vedea: I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 15-32; I. Turcu, *Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 6-7.

^[2] Directiva nr. 2001/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 4 aprilie 2001 privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit (J.O.U.E. nr. L 125 din 5 mai 2011).

^[3] Hotărârea Curții (Camera a cincea) din 24 octombrie 2013, Cauza C-85/2012, *LB I hf împotriva Kepler Capital Markets SA, Frédéric Giraux*, curia.europa.eu.

competente ale statului în care s-a eliberat autorizația valabilă în întreaga Comunitate”, astfel că această unitate se menține și în procedurile de redresare, respectiv faliment.

Pentru definirea unor termeni în domeniu, art. 206 din Codul insolvenței trimite la O.U.G. nr. 99/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007. Astfel, semnificația noțiunilor „instituție de credit”, „stat membru”, „stat membru de origine”, „stat membru gazdă”, „sucursală”, „instrumente financiare” și „autoritate competentă” trebuie preluată din actul normativ amintit.

Însă dispozițiile art. 7 alin. (1)¹ din O.U.G. nr. 99/2006 conțin, de asemenea, o normă de trimitere în privința definirii unor termeni cu relevanță pentru ipoteza în discuție, și anume, la Regulamentul (UE) nr. 575/2013 privind cerințele prudenciale pentru instituțiile de credit și societățile de investiții și de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012. Astfel, în conformitate cu art. 4 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 575/2013, noțiunea de *instituție de credit* presupune „o întreprindere a cărei activitate constă în atragerea de depozite sau de alte fonduri rambursabile de la public și în acordarea de credite în cont propriu”. Rezultă, așadar, că definiția instituției de credit se raportează la principalele activități desfășurate (atragera de depozite și acordarea de credite). *Sucursala* unei asemenea entități este, potrivit art. 4 alin. (1) pct. 17 din același Regulament, „un punct de lucru care reprezintă o parte dependentă din punct de vedere juridic de o instituție și care desfășoară direct toate sau unele dintre tranzacțiile specifice activității instituțiilor”.

În plus, prevederile art. 3 din O.U.G. nr. 99/2006 reglementează patru *forme* în care se pot constitui și funcționa instituțiile de credit, și anume: bănci, organizații cooperatiste de credit, bănci de credit ipotecar și instituții emitente de monedă electronică.

Din această perspectivă, normele particulare privind falimentul instituțiilor de credit ar urma să se aplice entităților definite de art. 4 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 573/2013, organizate într-una dintre cele patru categorii menționate anterior, precum și sucursalelor acestora cu sediul în străinătate. În absența unei asemenea calități a debitorului, aplicarea dispozițiilor speciale în discuție este inadmisibilă.

§3. Particularități în privința participanților la procedura insolvenței

16. În materia falimentului instituțiilor de credit sunt conturate o serie de obligații suplimentare, relativ atipice, în privința unor participanți la procedură, în acord cu particularitățile derulării procedurii.

3.1. Judecătorul-sindic

3.1.1. Atribuții

17. În conformitate cu prevederile art. 207 din Codul insolvenței, atunci când este vorba de falimentul unei instituții de credit, la atribuțiile judecătorului-sindic, stabilite în cadrul art. 45 din același act normativ, se adaugă patru *competențe speciale*.

În primul rând, având în vedere multiplicarea subiecților de drept care pot demara procedura falimentului unei instituții de credit, se justifică extinderea corespunzătoare a competenței judecătorului-sindic, astfel că acesta va soluționa și *contestația instituției de credit debitoare* împotriva cererii introductive formulate de B.N.R.

Totodată, judecătorul-sindic va *desemna*, prin sentința de deschidere a procedurii, în condițiile art. 207 lit. b) din Codul insolvenței, *lichidatorul judiciar*, care ar urma să-și

exercite atribuțiile până la confirmare sau înlocuire, pornind însă de la avizul prealabil acordat de către B.N.R. sau de la înscrierea acestuia în rândul practicienilor în insolvență agreeți de B.N.R. Obligația obținerii avizului B.N.R. se aplică în mod corespunzător și practicienilor în insolvență propuși spre desemnare de către adunarea creditorilor. Deși nu este evidențiată distinct în cadrul art. 207 din Codul insolvenței, atribuția confirmării lichidatorului judiciar transpare prin corelarea acestor dispoziții cu art. 45. lit. e) din același act normativ.

În competența judecătorului-sindic revine și *soluționarea cererii de atragere a răspunderii* persoanelor care au calitatea de membri ai organelor de conducere, directori și persoane din conducerea direcțiilor, departamentelor și altor structuri asemănătoare, cenzori și personal de execuție cu atribuție de control din cadrul instituției de credit și au contribuit la cauzarea stării de insolvență a instituției de credit. Din coroborarea art. 207 alin. (1) lit. c) cu art. 235 din Codul insolvenței, se observă o ușoară nesincronizare în privința funcțiilor avute în vedere. În plus, judecătorul-sindic este îndrituit să procedeze la sesizarea organelor de cercetare penală cu privire la săvârșirea infracțiunilor specifice.

Soluționarea contestațiilor formulate de reprezentantul acționarilor, respectiv creditorilor *împotriva măsurilor luate de lichidatorul judiciar* intră, de asemenea, în competența judecătorului-sindic, similar contestațiilor descrise la art. 45 alin. (1) lit. j) din Codul insolvenței.

În fapt, nu vorbim despre prerogative noi, ci despre o adaptare a competențelor prevăzute în dreptul comun al procedurii insolvenței raportat la nota distinctivă aferentă derulării procedurii falimentului unei instituții de credit.

3.1.2. Căile de atac împotriva hotărârilor judecătorului-sindic și termenul de soluționare

18. Hotărârile judecătorului-sindic sunt executorii și pot fi atacate doar cu *apel* în termen de 7 zile de la comunicare. Observăm că nu există o trimitere expresă la prevederile art. 43 din Codul insolvenței, însă nu excludem aplicarea în privința falimentului instituțiilor de credit a acelor dispoziții din articolul menționat care se dovedesc compatibile. Concluzia este susținută de conținutul art. 204 din Codul insolvenței, care face referire la prevederile incluse în capitolul I (deși nu se menționează în mod explicit, este vorba de capitolul I din același titlu în care este dezvoltat regimul special al falimentului instituțiilor de credit, respectiv titlul II).

În privința *citării* în faza apelului, art. 208 alin. (1) prima teză din Codul insolvenței trimite la prevederile Codului de procedură civilă pentru citarea lichidatorului judiciar și la condițiile dreptului comun al insolvenței, pentru celelalte părți. Însă, în ipoteza în care B.N.R. este promotoarea cererii pentru declanșarea procedurii falimentului, aceasta va fi citată potrivit Codului de procedură civilă.

În această materie, apelul se va judeca în termen de 15 zile de la înregistrarea dosarului la curtea de apel, în vreme ce în cadrul insolvenței de drept comun se prevede un termen de cel mult 30 de zile pentru acordarea primului termen de judecată calculat de la data rezoluției judecătorului-sindic, care ar trebui să fie dată în maxim 3 zile de la depunerea întâmpinării. Amintim că în condițiile dreptului comun al insolvenței citarea se face cu 5 zile înainte de data înfățișării, iar întâmpinarea se depune în termen de 10 zile de la data comunicării cererii și a motivelor de apel^[1].

[1] Pentru detalii, a se vedea prevederile art. 43 din Codul insolvenței.

Câteva *derogări* semnalăm și în legătură cu judecarea apelului împotriva hotărârii prin care s-a dispus deschiderea procedurii falimentului unei instituții de credit. Astfel, deși se menține termenul de 7 zile pentru declararea apelului, judecarea acestei căi de atac va trebui să aibă loc cu maximă celeritate, adică în 48 de ore de la înregistrare. De asemenea, în mod cu totul particular, este exclusă aplicarea prevederilor art. 43 alin. (5) lit. c) din Codul insolvenței, nefiind posibilă suspendarea hotărârii atacate de către instanța de apel.

Contractarea termenelor în privința căii de atac a apelului derivă atât din importanța activității desfășurate de o instituție de credit, respectiv blocajele care ar putea fi generate, cât și din împrejurarea că soluția recurgerii la faliment apare de cele mai multe ori ca fiind subsecventă unor proceduri administrative prealabile care se realizează sub supravegherea B.N.R. tocmai în vederea prevenirii falimentului, iar acestea se dovedesc lipsite de efect.

Cât privește celelalte ipoteze de suspendare reglementate în dreptul comun al insolvenței de art. 43 alin. (5) din Codul insolvenței, acestea rămân incidente.

3.2. Lichidatorul judiciar

19. *Desemnarea lichidatorului judiciar provizoriu* urmează să aibă loc de către judecătorul-sindic prin hotărârea privind deschiderea procedurii falimentului. Similar dreptului comun, pe tot parcursul procedurii lichidatorul judiciar poate fi înlocuit, pentru motive temeinice, în condițiile art. 57 alin. (4) din Codul insolvenței^[1]. Cu titlu particular, în această materie, *înlocuirea* lichidatorului judiciar nu poate interveni fără avizul sau, după caz, propunerea B.N.R. Înlocuirea operează la data stabilirii atribuțiilor noului lichidator, urmând ca acesta din urmă să preia activitatea de la lichidatorul anterior sub controlul judecătorului-sindic^[2].

20. Codul insolvenței nu mai prevede, asemănător art. 7 alin. (1) teza a doua din O.G. nr. 10/2004, posibilitatea desemnării *Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar* în calitate de lichidator al unei instituții de credit, prin derogare de la prevederile O.U.G. nr. 86/2006, ceea ce ar conduce la concluzia că noua reglementare nu mai înțelege să confere entității menționate o atare calitate. Amintim însă că posibilitatea Fondului de a desfășura activitatea aferentă calității de lichidator judiciar este menționată și în cadrul art. 2 alin. (2) din O.G. nr. 39/1996, ipoteză care nu apare abrogată expres prin Codul insolvenței. Cu toate acestea, având în vedere că noua reglementare, care dezvoltă norme specifice în materia falimentului unei instituții de credit, nu mai înțelege să preia derogarea amintită în privința Fondului, în principiu, se poate susține că a intervenit o abrogare implicită a prevederilor din O.G. nr. 39/1996 prin intermediul cărora Fondul i se recunoștea posibilitatea exercitării atribuțiilor de lichidator al unei instituții de credit^[3].

^[1] Pentru dezvoltări privind numirea, confirmarea, revocarea și răspunderea pentru diminuarea poliței de asigurare pentru răspundere profesională, a se vedea I. Adam, C.N. Savu, *Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 230-236.

^[2] Pentru asemănările și deosebirile între lichidatorul judiciar (ca mandat preponderent instituțional legal, dar și judiciar), respectiv lichidatorul unei societăți care se lichidează voluntar, în condițiile Legii nr. 31/1990, a se vedea I. Schiau, *Regimul juridic al insolvenței comerciale*, Ed. All Beck, București, 2001, p. 96-97.

^[3] În același sens în doctrină s-a arătat: „Potrivit noului Cod, Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar nu mai poate fi desemnat lichidator, ci va fi desemnat în mod obligatoriu în calitate de membru al comitetului creditorilor” – N. Tondăreanu, *Codul insolvenței adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 301.

De altminteri, potrivit art. 344 lit. g) din Codul insolvenței, sunt abrogate și „orice alte dispoziții contrare”.

În măsura în care s-ar reține, totuși, o interpretare contrară, apreciem că aplicarea dispoziției art. 2 alin. (2) din O.G. nr. 39/1996 și atribuirea calității de lichidator Fondului ar trebui să fie făcută cu prudență. Astfel, poate subzista o serioasă rezervă în privința posibilității întrunirii în persoana Fondul de garantare a unei triple calități: calitatea de lichidator, membru în comitetul creditorilor și creditor semnificativ (chiar majoritar) care să aibă un vot decisiv în privința măsurilor supuse controlului creditorilor. Rezerva pornește de la faptul că măsurile dispuse de practicianul în insolvență se aprobă, de regulă, de comitetul creditorilor și/sau, după caz, adunarea creditorilor, astfel încât nu excludem generarea unor litigii pornind de la ideea unui potențial conflict de interese. Or, asupra obiectivității lichidatorului judiciar (chiar dacă este Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar) nu ar trebui să planeze vreo îndoială, fie chiar și numai aparentă, fără o acoperire pe fond. În schimb, atunci când Fondul de garantare ar fi un creditor nesemnificativ raportat la masa credală, așa încât ponderea votului său în luarea unei hotărâri în cadrul adunării creditorilor nu ar fi una decisivă, s-ar putea susține existența doar a unui conflict pur formal, fără relevanță în cadrul procedurii. În această situație, când în pofida deținerilor redate, Fondul ar cumula calitatea de lichidator cu cea de membru al comitetului creditorilor, eventualele situații punctuale de conflict de interese ar putea fi evitate prin remedii prevăzute de art. 51 alin. (5) din Codul insolvenței (abținerea de la vot).

21. Atribuțiile lichidatorului judiciar în cadrul procedurii falimentului instituțiilor de credit sunt circumstanțiate în cuprinsul art. 209 din Codul insolvenței, prin raportare la competențele generale prevăzute în cadrul procedurii insolvenței de drept comun. Astfel, din teza enunțată în prima parte a textului de lege menționat ar rezulta că sunt suplimentate atribuțiile prevăzute la art. 64 din Codul insolvenței cu câteva competențe speciale alocate acestui participant la procedură.

Din analiza comparativă a celor două dispoziții se poate însă observa că, în esență, atribuțiile prevăzute la art. 209 din Codul insolvenței reprezintă mai degrabă o nuanțare a competențelor generale conferite lichidatorului judiciar în cadrul procedurii insolvenței de drept comun.

În cele ce urmează vom sublinia caracterul particular al atribuțiilor care revin lichidatorului judiciar desemnat în cadrul procedurii falimentului unei instituții de credit, astfel cum sunt conturate de norma specială.

22. a) Deschiderea contului unic este o sarcină care revine lichidatorului judiciar al unei instituții de credit, asemenea lichidatorului judiciar desemnat în cadrul procedurii insolvenței de drept comun. Specific ipotezei în discuție este faptul că nu vorbim despre un cont într-o monedă unică, ci de două conturi, unul în lei și altul în valută, raportat la modul distinctiv al activității instituțiilor de credit care, cel mai probabil, dispun în cadrul derulării operațiunilor curente de conturi deschise în diverse valute, chiar la instituții de credit străine cu care au intrat în relație de bănci corespondente^[1].

23. b) Atribuțiile privind inventarierea bunurilor și luarea măsurilor pentru conservarea lor prevăzute la art. 209 lit. b) din Codul insolvenței se înscriu în cadrul mai larg al

^[1] A se vedea în acest sens art. 39 alin. (2) și (3) din Codul insolvenței, care reglementează principiul contului unic de lichidare.

prerogativelor conferite lichidatorului judiciar potrivit dreptului comun al procedurii insolvenței de art. 64 lit. d). Totuși, câteva mențiuni se impun: operațiunea concretă de inventariere se poate dovedi diferită de cea realizată în mod curent la o societate de drept comun, în condițiile în care o instituție de credit are, de regulă, printre principalele active, plasamente în credite sau alte plasamente financiare.

24. c) *Angajarea personalului necesar derulării procedurii* nu poate fi considerată drept o atribuție specifică falimentului unei instituții de credit. Deși în partea consacrată dreptului comun al insolvenței nu există o mențiune expresă, dimensionarea adecvată a personalului în vederea derulării în bune condiții a lichidării și conducerii activității rezultă indirect din misiunea care revine lichidatorului judiciar, fiind un aspect care ține mai degrabă de oportunitate, respectiv echilibrul procedurii, iar nu neapărat de competență. În privința acestei prerogative, se poate aprecia că este subsumată practic atribuției de conducere. Evidențierea, în mod distinct, a acestui aspect are, mai degrabă, caracterul unei clarificări, în sensul că, după desemnarea lichidatorului judiciar, personalul acestuia nu ar trebui să se substituie personalului instituției de credit aflate în faliment.

25. d) *Conducerea activității instituției de credit* se încadrează printre competențele care se regăsesc și în privința unui lichidator care ar urma să-și realizeze misiunea în cadrul procedurii falimentului de drept comun, cu particularitatea că lichidatorul judiciar al unei instituții de credit poate reeșalona creditele acordate și stabili noi rate ale dobânzilor aferente activelor instituției de credit debitoare, condiționat de o limită valorică: nivelul nou al ratei dobânzilor să se situeze cel puțin la nivelul ultimei dobânzi de referință comunicate de B.N.R.

Activitatea de *reeșalonare a creditelor și renegociere a dobânzii* este deosebit de importantă, întrucât prin aceste măsuri se asigură optimizarea recuperării creanțelor instituției de credit debitoare.

Prin urmare, reeșalonarea creditelor și renegocierea dobânzii reprezintă, potrivit legii, o componentă a atribuțiilor de conducere a activității instituției de credit aflate în faliment, astfel că operațiunile în discuție nu vor avea un tratament asimilat tranzacțiilor, care presupun aprobarea judecătorului-sindic în condițiile art. 64 lit. j) din Codul insolvenței. În acest context, are loc o fluidizare a procedurii de recuperare a creanțelor, cu atât mai mult cu cât este reglementat și un prag minim legal raportat la nivelul dobânzii de referință a B.N.R.

26. e) *Menținerea, rezilierea sau denunțarea unor contracte* încheiate de instituția de credit aflată în faliment reprezintă o competență similară celei prevăzute de art. 123 din Codul insolvenței, deși aceste atribuții nu se numără printre cele menționate *expressis verbis* în cadrul art. 64 din același act normativ.

Apreciem că teza a doua a art. 209 lit. e) din Codul insolvenței, prin care se recunoaște posibilitatea lichidatorului judiciar de a încheia noi contracte în interesul procedurii falimentului, este, în concret, expresia competenței înscrise la art. 209 lit. d), presupunând „*exercitarea conducerii*” prin încheierea de noi contracte. Cu alte cuvinte, încheierea de contracte apare doar ca o formă de exercitare a reprezentării, parte a activității de conducere, fiind greu de conceput un mandat fără reprezentare pentru lichidator.

27. f) În conformitate cu prevederile art. 209 lit. f) din Codul insolvenței, lichidatorul judiciar are legitimitatea juridică *de a încheia orice document* în numele instituției de

credit debitoare, precum și să inițieze, să coordoneze, în numele acesteia, *orice acțiuni și proceduri legale*. Și în acest caz, atribuțiile menționate reprezintă, practic, o explicitare a întinderii sferei *dreptului de conducere* al instituției de credit.

28. g) Lichidatorului judiciar îi este conferită calitate procesuală în vederea promovării de acțiuni pentru anularea constituirilor de drepturi de preferință sau a transferurilor de drepturi patrimoniale către terți, inclusiv restituirea bunurilor transmise și a valorii altor prestații, care au fost realizate de către instituția de credit debitoare în dauna intereselor creditorilor, în anul anterior deschiderii procedurii, cu persoanele aflate într-o relație specială, în sensul stabilit la pct. 8-11 din „Lista depozitelor negarantate”, prevăzută în anexa la O.G. nr. 36/1996. Apreciem că, în fapt, este vorba despre *desființarea unor acte/ operațiuni* realizate cu scopul ca unele *depozite negarantate să devină garantate*.

Definiția *depozitelor garantate* se regăsește la art. 2 alin. (3) lit. b) din O.G. nr. 39/1996 privind înființarea și funcționarea Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar, iar operațiunile frauduloase supuse anulării sunt cele care tind la eludarea prevederilor privind excluderea de la garantarea legală a anumitor depozite.

În principiu, categoria *depozitelor negarantate* cuprinde: depozitele unei instituții de credit făcute în nume și cont propriu [exceptându-le pe cele care se încadrează în prevederile art. 7 alin. (3) din O.G. nr. 39/2006]; instrumentele care se încadrează în definiția fondurilor proprii ale instituțiilor de credit; depozitele instituțiilor financiare (exceptând cele ale instituțiilor financiare nebankare din categoria caselor de ajutor reciproc); depozitele asigurătorilor și reasigurătorilor; depozitele autorităților publice centrale, locale sau regionale; depozitele organismelor de plasament colectiv; depozitele fondurilor de pensii; depozitele aparținând administratorilor, directorilor, membrilor consiliului de supraveghere, auditorilor și acționarilor semnificativi ai instituției de credit, precum și a depozitele deponenților cu statut asimilat acestor categorii, inclusiv membrilor familiilor persoanelor fizice menționate anterior (soț/soție, rude și afini de gradul întâi) și terțelor persoane care acționează în numele acestora; depozitele la instituția de credit aparținând companiilor din grupul din care face parte instituția de credit; depozitele nenominative; valorile mobiliare de natura datoriei emise de instituția de credit și obligații care izvorăsc din acceptări proprii și bilete la ordin; depozitele întreprinderilor, persoane juridice, care nu se încadrează în categoria microîntreprinderilor.

În concluzie, se poate observa că, față de acțiunea în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în cei doi ani anteriori deschiderii procedurii reglementată de art. 117-122 din Codul insolvenței, în cazul particular al falimentului unei instituții de credit pot face obiectul unei acțiuni în anulare și actele specifice întocmite în scopul evitării exceptării de la schema de garantare a depozitelor din sistemul bancar, încheiate în anul anterior deschiderii procedurii, cu persoanele aflate în legătură specială cu instituția de credit insolventă^[1].

29. h)-i) Prin intermediul art. 209 lit. h)-i) din Codul insolvenței sunt evidențiate activitățile de *colectare și gestionare a sumelor primite pe seama instituției de credit* care intră în competența lichidatorului judiciar. Cu titlu particular, operațiunile de colectare ar urma să vizeze inclusiv sumele plasate la alte instituții de credit, relativ conturilor *nostro/loro*, constituite pentru a avea relații de bancă corespondentă, respectiv posibile

^[1] Pentru opinia potrivit căreia judecătorul-sindic are competența de a dispune, chiar din oficiu, anularea actelor frauduloase, din perspectiva rolului activ al acestuia, a se vedea V. Nemeș, *Drept Bancar*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 268.

alte plasamente pe piața interbancară sau alte plasamente financiare nelichidizate anterior procedurii falimentului (ipoteză puțin probabilă dacă a avut loc o procedură de restructurare).

Amintim că, astfel cum rezultă din prevederile art. 82 din Regulamentul B.N.R. nr. 31/2011^[1], aranjamentele de cont de corespondent prin intermediul cărora instituțiile de credit își furnizează reciproc servicii de plăți și alte servicii presupun utilizarea conturilor de corespondent de tip *nostro* și/sau *loro*. *Contul nostro* reprezintă „contul deschis în evidențele corespondentului pe numele repondentului” [art. 82 lit. b) din Regulament], în vreme ce în mod corelativ *contul loro* reprezintă „contul deschis în evidențele corespondentului pe numele repondentului; din perspectiva repondentului acest cont este un cont «nostro»” [art. 82 lit. c) din Regulament].

30. j) *Lichidarea bunurilor* din averea instituției de credit debitoare urmează în mare parte regimul prevăzut de dreptul comun al insolvenței, cu câteva abordări specifice. Avem în vedere operațiunile complexe privind vânzarea-cumpărarea de active și asumarea de pasive, reglementate detaliat de art. 226-232 din Codul insolvenței, respectiv art. 240¹⁴ din O.U.G. nr. 99/2006.

Întrucât această activitate urmează să se desfășoare în condițiile art. 226 alin. (4) din Codul insolvenței, rezultă că legiuitorul a înțeles să mențină, în cadrul procedurii de valorificare a bunurilor debitoare insolvente, prezența B.N.R. (prin consultarea prealabilă sau exprimarea unui punct de vedere în cazul în care aceasta consideră necesar), fiind astfel extinsă funcția de supraveghere, inclusiv în procedura falimentului instituției de credit, în considerarea rolului de autoritate care garantează stabilitatea pieței bancare.

Se observă, de asemenea, că modalitățile de lichidare a bunurilor și drepturilor din averea instituției de credit debitoare, precum și tranzacțiile de vânzare-cumpărare de active și asumarea de pasive sunt supuse și aprobării adunării creditorilor.

Ulterior deschiderii procedurii, lichidatorul va trebui să întocmească un *raport* cu privire la cauzele care au determinat starea de insolvență a debitoare-instituție de credit. Raportul trebuie întocmit în termen de 40 de zile, care poate fi prelungit motivat, cu cel mult încă 40 de zile, de către judecătorul-sindic. Odată cu acest raport, lichidatorul va trebui să prezinte strategia privind modalitatea de lichidare a bunurilor din averea instituției de credit.

Modalitățile prin care se desfășoară lichidarea averii debitoare falite sunt indicate în cadrul art. 225 din Codul insolvenței, aceasta putând avea loc sub următoarele forme: tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive; vânzarea de bunuri, cu respectarea prevederilor privind lichidarea activelor prevăzute în dreptul comun al insolvenței; alte tehnici de valorificare a activelor, precum cesiuni de creanță ori novații, realizate în interesul procedurii falimentului la o valoare negociată.

31. k) Lichidatorul judiciar este ținut la întocmirea unui *raport lunar* care va include și informații privind sumele obținute din lichidarea și încasarea de creanțe, respectiv planul de distribuire între creditori. Anterior depunerii raportului menționat la dosarul cauzei, lichidatorul judiciar este obligat să procedeze la transmiterea acestuia către B.N.R. Un extras din raport se publică și în Buletinul procedurilor de insolvență.

^[1] Regulamentul B.N.R. nr. 31/2011 privind raportarea de date și informații statistice la Banca Națională a României (M. Of. nr. 67 bis din 27 ianuarie 2012).

32. l) Potrivit art. 209 lit. l) din Codul insolvenței, *întocmirea situațiilor financiare finale de lichidare* și, după caz, a *situațiilor financiare anuale* este atributul lichidatorului judiciar. Însă, deși o atare competență nu este expres prevăzută și în partea consacrată falimentului unei societăți de drept comun, aceasta rezultă din reglementările legale financiar-contabile aplicabile societăților aflate în faliment.

33. m) Prerogativa *sesizării judecătorului-sindic* în legătură cu orice problemă care are cere o soluționare din partea acestuia din urmă, înscrisă la art. 209 lit. m) din Codul insolvenței, reprezintă corespondentul art. 64 lit. k) din același act normativ, care reglementează procedura insolvenței de drept comun.

34. n) În fine, ultima competență, înscrisă la art. 209 lit. n) din Codul insolvenței, trimite, de o manieră generală, la *efectuarea oricăror acte de procedură impuse de lege*, pentru a acoperi eventualele situații particulare neenunțate expres în cadrul celorlalte para-grafe, dar care incumbă lichidatorului judiciar, în virtutea calității sale.

Astfel, această ultimă teză lasă deschisă sfera atribuțiilor lichidatorului judiciar, așa încât nimic nu-l împiedică pe acesta din urmă să sesizeze judecătorul-sindic pentru soluționare și decizie, atunci când există discuții, în legătură cu o eventuală operațiune particulară care, însă, poate fi încadrată generic în activitatea de bază constând în conducerea activității instituției de credit falite ca un bun administrator. De altminteri, chiar judecătorul-sindic poate să stabilească atribuții particulare în sarcina lichidatorului, în limitele legii, după cum rezultă și din art. 64 lit. l) din Codul insolvenței.

3.3. Comitetul creditorilor

35. În privința *comitetului creditorilor*, se remarcă includerea cu titlu obligatoriu în componența acestuia a *Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar*. Această includere este în acord cu principala activitate a instituțiilor de credit, care constă în atragerea de depozite și protecția conferită deponenților. Astfel, de regulă, prin mecanismul plății deponenților în limita depozitelor garantate, Fondul ajunge să dobândească calitatea de creditor al instituției de credit falite. Prin urmare, indiferent de opțiunea celorlalți creditori, entitatea menționată este membru de drept în cadrul comitetului creditorilor. Fondul este o persoană juridică de drept public având scopul de a asigura garantarea depozitelor și efectuarea plății compensațiilor către deponenții garantați.

În măsura în care, prin aplicarea măsurilor de transfer de active și asumarea de pasive în etapa anterioară trecerii la faliment, raportat la prevederile 240¹⁸ din O.U.G. nr. 99/2006, Fondul de garantare ajunge să nu mai aibă calitate de creditor (nici măcar sub condiție), este rezonabil a se susține că nu mai poate fi membru în comitetul creditorilor. În schimb, se observă că includerea Fondului în rândul membrilor comitetului creditorilor nu este condiționată de plata efectivă a depozitelor garantate, fiind suficient să subziste o asemenea obligație în sarcina acestuia.

3.4. Adunarea creditorilor

36. *Adunarea creditorilor unei instituții de credit* urmează să îndeplinească două atribuții suplimentare: aprobarea modalității de lichidare a bunurilor și drepturilor din averea instituției de credit debitoare, precum și a tranzacțiilor de cumpărare de active și asumare de pasive prevăzute de art. 226 și urm. din Codul insolvenței; aprobarea raportului asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței.

3.5. Banca Națională a României

37. Potrivit art. 212 Codul insolvenței, *rolul B.N.R.* de autoritate de supraveghere prudențială continuă și pe parcursul procedurii falimentului unei instituții de credit. Astfel, judecătorul-sindic și lichidatorul au posibilitatea de a solicita punctul de vedere al B.N.R. în legătură cu aspecte de natură prudențială. În mod corelativ, B.N.R. poate transmite, chiar în absența unei solicitări, punctul său de vedere sau informațiile pe care le consideră relevante. Totodată, în virtutea atributului de supraveghere al B.N.R., lichidatorul judiciar va furniza entității, la cererea acesteia, orice documente privitoare la instituția de credit aflată în faliment sau la procedura de lichidare.

Obligativitatea consultării prealabile a B.N.R. este prevăzută de legiuitor în faza incipientă a procedurii lichidării averii debitorului, atunci când lichidatorul judiciar înțelege să propună modalitatea de lichidare prin tranzacții privind vânzarea-cumpărarea de active și asumarea de pasive. În concret însă, se poate susține rezonabil că B.N.R. poate ajunge să joace, în etapa lichidării, mai mult decât un rol consultativ, mai ales în ipoteza în care există o lipsă de competitivitate în privința ofertei de cumpărare de portofolii și de asumare de pasive, când lipsa aprobării B.N.R. pentru instituția de credit interesată de achiziție face ca transferul să nu se realizeze^[1].

3.6. Reprezentantul acționarilor

38. Prevederile art. 212 alin. (2) din Codul insolvenței trimit la numirea de către adunarea generală a acționarilor a unui *reprezentant*, urmând ca acesta să acționeze exclusiv în numele acestora. În fapt, este vorba de un administrator special în sensul oferit noțiunii de dreptul comun, care, acționând în cadrul unei proceduri de faliment, nu va mai avea cum să reprezinte debitorul (dreptul de administrare fiind încetat de drept, cu nuanțele pe care le vom menționa în cele ce urmează în legătură cu administrarea interimară), ci va putea doar să reprezinte interesele acționarilor. Instituția o regăsim și în vechea reglementare, respectiv O.G. nr. 10/2004, și se justifică din rațiuni de celeritate, altminteri orice acționar cu drepturi reziduale ar putea interveni în cadrul procedurii, iar multiplicarea contestațiilor ar putea genera disfuncționalități^[2].

Însă, evitarea folosirii denumirii de administrator special în acest caz se datorează, cel mai probabil, faptului că, altminteri, s-ar putea crea o confuzie cu administratorul special numit de B.N.R. în cadrul procedurii administrării speciale care, după cum vom arăta, are atribuții și după depunerea cererii de declanșare a falimentului.

Secțiunea a 4-a. Cerințele deschiderii procedurii falimentului în privința unei instituții de credit

§1. Starea de insolvență

39. Starea de insolvență a unei instituții de credit cunoaște o abordare distinctă față de noțiunea de insolvență aplicabilă în privința societăților de drept comun. Astfel, în

^[1] A se vedea art. 232 din Codul insolvenței, care prevede că se va trece la celelalte forme de valorificare dacă nu există o instituție de credit eligibilă din perspectiva B.N.R.

^[2] A se vedea în acest sens art. 6 și art. 8 din O.G. nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit, respectiv art. 7 din Legea nr. 83/1998 privind procedura falimentului instituțiilor de credit.

conformitate cu prevederile art. 5 pct. 30 din Codul insolvenței, *starea de insolvență a unei instituții de credit* poate fi caracterizată prin trei situații care nu țin doar de o criză de lichiditate.

a) Prima ipoteză se apropie de cea prevăzută de art. 5 pct. 29 din Codul insolvenței și constă într-o *incapacitate vădită de plată* a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești. Așadar, este vorba despre o problemă legată de resursele bănești necesare satisfacerii unor angajamente asumate și ajunse la termen.

Dacă în dreptul comun noțiunea de insolvență se disociază de cea de insolvabilitate, în privința falimentului instituțiilor de credit lucrurile nu se prezintă întocmai. Astfel, în doctrină, în legătură cu normele-cadru aplicabile insolvenței unei societăți de drept comun, s-a arătat: „Este important de reținut că norma condiționează insolvența iminentă de lipsa fondurilor bănești, ceea ce înseamnă că nu are relevanță insolvabilitatea debitorului”^[1].

b) În schimb, unul dintre cazurile în raport de care se apreciază starea de insolvență a unei instituții de credit privește *scăderea sub 2% a indicatorului de solvabilitate*. Amintim că, potrivit art. 3 din Norma B.N.R. nr. 12/2003 privind supravegherea solvabilității și expunerilor mari ale instituțiilor de credit^[2], indicatorul de solvabilitate are în vedere fondurile proprii „ca proporție din totalul activelor și elementelor din afara bilanțului, nete de provizioane ajustate în funcție de risc”. Rezultă așadar că, în materia specifică analizată, starea de insolvență presupune extrapolarea analizei în raport de averea debitoarei, respectiv verificarea balanței dintre activ și pasiv (ceea ce ține de insolvabilitate).

c) În fine, cea de-a treia situație constă în *retragerea autorizației de funcționare* a instituției de credit ca urmare a imposibilității de redresare financiară prin intermediul procedurii administrării speciale. Astfel, eșecul sau imposibilitatea atingerii cerințelor de redresare, așa cum rezultă din raportul administratorului special întocmit conform art. 240¹¹ din O.U.G. nr. 99/2006, face ca B.N.R. să poată decide chiar retragerea licenței de operare pe piața financiar-bancară.

Din această perspectivă, probatoriul într-un demers judiciar trebuie adaptat în funcție de ipoteza invocată.

§2. Cererile introductive

40. În conformitate cu prevederile art. 216 din Codul insolvenței, sunt legitime trei categorii de persoane în vederea declanșării procedurii falimentului unei instituții de credit, și anume: instituția de credit debitoare, creditorii instituției de credit sau Banca Națională a României.

Se remarcă, așadar, spre deosebire de dreptul comun, introducerea unui nou subiect îndreptățit să formuleze o cerere de deschidere a procedurii falimentului unei instituții de credit, respectiv *autoritatea de supraveghere prudențială*, în considerarea rolului pe care aceasta îl joacă în domeniu.

Exigențele pe care ar trebui să le îndeplinească o cerere pentru deschiderea procedurii falimentului în privința unei instituții de credit suportă unele nuanțări în funcție de promotorul acesteia. Specific acestei materii este că, în toate situațiile, procedura falimentului nu poate fi deschisă decât cu „viza” B.N.R. Astfel, chiar și atunci când cererea introductivă este formulată de instituția de credit debitoare sau de creditorii, ea va trebui însoțită de

^[1] St.D. Cărpenu, V. Nemeș, M.A. Hotca, Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 38.

^[2] M. Of. nr. 51 din 21 ianuarie 2004.

aprobarea prealabilă a B.N.R. Cu această ocazie, autoritatea de supraveghere prudențială va analiza starea de insolvență a instituției de credit în discuție, motivând soluția de aprobare sau de respingere a solicitării. În ipoteza în care va constata că instituția de credit respectivă nu se află în insolvență, B.N.R. urmează să respingă solicitarea, putând să dispună administrarea specială, în măsura în care sunt îndeplinite condițiile cerute de O.U.G. nr. 99/2006. Împotriva hotărârii autorității de supraveghere prudențială de aprobare sau de respingere a solicitării se poate face contestație la instanță, potrivit prevederilor O.U.G. nr. 99/2006.

Din această perspectivă, rezultă că ipoteza deschiderii procedurii falimentului, în raport cu măsurile administrative amintite, apare ca o soluție ultimă menită să conducă la lichidarea activelor instituției de credit.

Recurgerea la varianta radicală a falimentului, care conduce în final la încetarea instituției de credit ca subiect de drept, nu ar putea să intervină decât după confirmarea B.N.R., care ar urma să investigheze cu prioritate posibilitatea reală de redresare financiară prin intermediul unor măsuri extrajudiciare derulate sub autoritatea sa și doar, în caz contrar, să valideze recurgerea la faliment. În plus, impactul formulării unei cereri de deschiderea procedurii falimentului în privința activității unei instituții de credit este deloc neglijabil, putând genera retrageri masive de sume din conturi, depozite de către clienți, împrejurare care ar putea determina în sine o jenă în privința lichidităților disponibile. Din această perspectivă, se introduce, așadar, o procedură prealabilă „filtru” care intră în competența B.N.R.

2.1. Cererea instituției de credit

41. În primul rând, sarcina realizării unei evaluări preliminare a stării de insolvență revine *însăși instituției de credit*. Din această perspectivă, în conformitate cu prevederile art. 217 din Codul insolvenței, în sarcina instituției de credit este instituită obligativitatea formulării unei cereri de deschidere a procedurii falimentului într-un termen de maxim 30 de zile de la data la care a intervenit starea de insolvență. Altminteri, devin incidente prevederile art. 337 din Codul insolvenței privitoare la bancruta frauduloasă.

În prealabil, însă, după cum am menționat anterior, instituția de credit debitoare va trebui să solicite aprobarea B.N.R. în vederea introducerii cererii pentru deschiderea procedurii falimentului. Procedura „aprobării prealabile” ar trebui să se desfășoare în limitele unor termene determinate: instituția de credit debitoare este obligată să depună solicitarea în termen de 10 zile de la apariția stării de insolvență, autoritatea de supraveghere prudențială este ținută să se pronunțe prin hotărâre motivată în decurs de 10 zile, iar cererea pentru deschiderea procedurii falimentului ar urma să fie depusă în termen de 10 zile de la data primirii aprobării prealabile.

Apreciem că atunci când B.N.R. ar respinge solicitarea instituției de credit, aceasta din urmă nu mai este ținută să introducă cererea de deschidere a procedurii falimentului, întrucât o autoritate cu atribuții în domeniu a invalidat practic analiza stării de insolvență efectuate de debitoare. Cererea de deschidere a procedurii falimentului ar trebui însoțită, pe lângă aprobarea prealabilă, de documentele menționate la art. 67 din Codul insolvenței, cu adaptările ce țin de definiția particulară a stării de insolvență în domeniu și imposibilitatea recurgerii la procedura reorganizării judiciare.

2.2. Cererea creditorului

42. Cât privește *cererea introductivă a creditorului*, art. 218 din Codul insolvenței conturează criteriile ce țin de calitățile pe care trebuie să le îndeplinească o creanță pentru a justifica calitatea procesuală activă, respectiv îndreptățirea creditorului în discuție. Mai întâi, similar dreptului comun, creditorul va trebui să facă dovada existenței unei creanțe certe, lichide și exigibile împotriva instituției de credit debitoare. În schimb, cu titlu particular în domeniu, *scadența* unei asemenea creanțe trebuie să fie depășită cu cel puțin 30 de zile lucrătoare atunci când este vorba despre o casă centrală a unei cooperative de credit, inclusiv o cooperativă de credit afiliată la aceasta și cu cel puțin 7 zile lucrătoare în cazul celorlalte instituții de credit.

Totodată, coroborând art. 218 alin. (1) cu art. 5 pct. 72 din Codul insolvenței, rezultă că aceste din urmă dispoziții generale ce țin de *valoarea-prag a creanței* ar urma să fie aplicabile și în această materie, nefiind incompatibile.

Pentru a evita eventuale cereri vădit șicanatorii care ar putea genera pierderi semnificative pentru instituția de credit, art. 218 alin. (2) din Codul insolvenței condiționează introducerea cererii de *aprobarea prealabilă a B.N.R.* La fel ca și în cazul cererii debitorului, și în legătură cu solicitarea unui creditor autoritatea de supraveghere prudențială este ținută să se pronunțe, în termen de 10 zile de la data primirii acesteia, prin hotărâre motivată.

Și în această materie, neplata creanței pretinse de creditor trebuie să fie consecința lipsei de lichiditate, iar nu un refuz al instituției de credit debitoare justificat de alte rațiuni (de exemplu, nerecunoașterea creanței). Din această perspectivă, se dovedește utilă efectuarea din partea creditorului, anterior demarării cererii pentru deschiderea procedurii falimentului, a unor demersuri de executare a instituției creditoare care să se dovedească lipsite de succes.

De asemenea, menționăm că ipoteza lichidării voluntare prevăzute de art. 255 din O.U.G. nr. 99/2006 nu exclude *de plano* deschiderea procedurii falimentului în privința instituției de credit, în măsura în care intervin oricare dintre ipotezele legale prevăzute pentru a se dispune această măsură judiciară.

2.3. Cererea Băncii Naționale a României

43. *Banca Națională a României*, în considerarea rolului de autoritate de supraveghere prudențială, are, în mod distinct, calitate procesuală activă în vederea formulării unei cereri de deschidere a procedurii falimentului în privința instituției de credit care se află, cel puțin într-una dintre situațiile care caracterizează starea de insolvență, astfel cum este conturată de art. 5 pct. 30 din Codul insolvenței. Însă, în această ipoteză, cererea de deschidere a procedurii falimentului trebuie să fie precedată de *retragerea autorizației* instituției de credit vizate. Astfel, cererea de declanșare a falimentului ar urma să fie însoțită de hotărârea consiliului de administrație al B.N.R. de retragere a autorizației, dar și de alte documente necesare justificării motivelor care fundamentează sesizarea tribunalului cu o asemenea solicitare.

O ipoteză mai nuanțată este cea rezultată din prevederile art. 240¹¹ din O.U.G. nr. 99/2006, când perspectivele de redresare și restructurare nu se pot îndeplini, iar administratorul special recomandă introducerea cererii de deschidere a procedurii falimentului și B.N.R. agreează această măsură.

§3. Efectele înregistrării cererii

44. Spre deosebire de procedura de drept comun, în materia analizată, simpla înregistrare a cererii de deschidere a procedurii falimentului determină o serie de consecințe în privința conducerii și funcționării instituției de credit vizate. Înregistrarea cererii va fi notificată de către judecătorul-sindic, după caz, în funcție de promotorul cererii, instituției de credit debitoare, B.N.R. și creditorului.

În această perioadă incertă sub aspectul „viitorului” instituției de credit, aceasta se va afla într-o formă de *administrare interimară*. Astfel, de la data primirii notificării menționate anterior sau de la data depunerii cererii sale, B.N.R. va desemna, pe cheltuiala instituției de credit, un *administrator interimar*, stabilindu-i și remunerația. În cazul în care instituția de credit se afla la momentul respectiv în administrare specială, funcția de administrator interimar va fi exercitată de *administratorul special* desemnat în respectiva procedură (care nu se confundă cu noțiunea de administrator special prevăzută de art. 5 pct. 4 din Codul insolvenței).

În mod asemănător, art. 240²⁰ din O.U.G. nr. 99/2006 prevede că atunci când B.N.R. decide retragerea autorizației și sesizarea instanței competente în vederea declanșării procedurii falimentului, până la desemnarea de către judecătorul-sindic a lichidatorului, administrarea instituției de credit urmează a fi asigurată în continuare de administratorul special deja numit. În schimb, dacă în privința instituției de credit nu a fost deschisă în prealabil o atare procedură, odată cu numirea administratorului interimar atribuțiile consiliului de administrație se suspendă de drept până la expirarea mandatului celui dintâi. În această din urmă ipoteză, conducerea executivă va fi subordonată administratorului interimar. În plus, atunci când președintele consiliului de administrație este și președintele instituției de credit, va păstra funcția de președinte și după suspendarea consiliului de administrație, pe aceeași perioadă cu mandatul administratorului interimar.

După cum rezultă din definiția noțiunii de „administrator interimar” oferită de art. 5 pct. 3 din Codul insolvenței, această funcție poate fi exercitată nu numai de către o persoană fizică, ci și de către o persoană juridică desemnată de B.N.R., iar în cazul cooperativelor de credit și de comitetul de administrare specială desemnat de casa centrală a cooperativelor de credit.

Administratorul interimar poate fi revocat de autoritatea de supraveghere prudentială. Altminteri, atribuțiile administratorului interimar încetează de drept odată cu numirea lichidatorului judiciar.

45. În perioada administrării interimare operează restricții semnificative în privința dimensiunii activității care ar urma să fie desfășurată în acest interval de timp de către instituția de credit vizată. Încă de la început este de observat că atribuțiile administratorului interimar sunt limitate la măsurile conservatorii necesare pentru împiedicarea diminuării activului și sporirea pasivului.

Apoi, în funcție de promotorul cererii de deschidere a procedurii, se impun câteva distincții. Pe de o parte, în conformitate cu prevederile art. 220 alin. (6) din Codul insolvenței, începând cu data depunerii cererii de către un creditor sau de către instituția de credit debitoare și numirea administratorului interimar, în privința *autorizației* instituției de credit operează o modificare *ope legis*, considerându-se că este acordată strict pentru luarea *măsurilor conservatorii* și pentru derularea *operațiunilor curente*. Din această perspectivă, sunt excluse în mod expres din sfera operațiunilor curente acceptarea de

noi depozite și acordarea de noi credite de către administratorul interimar. De altfel, potrivit art. 22 alin. (2) lit. c) din O.U.G. nr. 99/2006, când instituția de credit se află în stare de insolvență, nu se poate angaja în operațiuni de atragere de depozite sau de alte fonduri rambursabile, titluri sau alte valori de la public. În schimb, în perioada în discuție, contractele în curs de derulare ar urma să fie executate în continuare conform termenilor acestora ori potrivit acordului părților.

Pe de altă parte, atunci când cererea este introdusă de B.N.R., autorizația instituției de credit este deja retrasă, așa încât potrivit art. 44 din O.U.G. nr. 99/2006, de la data intrării în vigoare a hotărârii de retragere a autorizației instituția de credit nu mai are dreptul de a desfășura alte activități decât cele *subsumate lichidării*.

§4. Contestarea stării de insolvență de către instituția de credit debitoare

46. Similar dreptului comun, instituția de credit debitoare, prin consiliul de administrație, are opțiunea de a formula *contestație împotriva cererii de deschidere a procedurii falimentului* introdusă de către creditor sau de către B.N.R. Îndreptățirea consiliului de administrație al instituției de credit de a formula contestație subzistă chiar dacă atribuțiile sale sunt suspendate ca urmare a instituirii administrării interimare.

Termenul pentru formularea contestației este de 10 zile de la data primirii comunicării privind cererea de deschidere a procedurii. Contestația ar urma să fie soluționată în termen de 10 zile de la înregistrare. Astfel, este de remarcat celeritatea procedurii în acord cu necesitatea luării unor măsuri deosebit de rapide de către lichidator și eliminarea stării de incertitudine.

În ipoteza în care instituția de credit debitoare nu contestă starea de insolvență, cererea de deschidere a procedurii falimentului formulată de creditor sau de B.N.R. va fi analizată la primul termen de judecată, urmând să se dispună deschiderea procedurii dacă respectiva cerere îndeplinește condițiile prevăzute de art. 218-219 din Codul insolvenței.

§5. Efectele imediate ale deschiderii procedurii falimentului – particularități

47. Momentul pronunțării deschiderii procedurii falimentului marchează *încetarea de drept a valabilității autorizației instituției de credit*, potrivit art. 41 alin. (1) lit. c) din O.U.G. nr. 99/2006 (dacă aceasta nu a fost retrasă anterior). Totodată, de la aceeași dată drepturile și atribuțiile adunării generale, ale consiliului de administrație și ale conducerii executive a instituției de credit încetează deplin drept.

48. *Pronunțarea hotărârii privind deschiderea procedurii falimentului* va fi urmată de efectuarea unei „publicități” din partea judecătorului-sindic în legătură cu această măsură judiciară. Astfel, împrejurarea menționată va fi comunicată „de îndată” instituției de credit debitoare, creditorului, lichidatorului judiciar, Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar, precum și oficiului registrului comerțului la care instituția de credit debitoare este înregistrată în vederea efectuării mențiunii „instituție de credit în faliment”. Comunicarea se va publica, de asemenea, în două ziare de circulație națională. În mod particular, hotărârea va fi comunicată de către judecătorul-sindic „de îndată, în ziua pronunțării acesteia”, Băncii Naționale a României prin mijloace rapide (fax, e-mail, sau telefon) în vederea luării de urgență a măsurilor care se impun.

Astfel, odată primită înștiințarea, B.N.R. va închide imediat, după finalizarea decontărilor din ziua respectivă, conturile instituției de credit debitoare deschise în evidențele sale, urmând ca disponibilitățile existente să fie transferate în conturile tip instituție de credit în faliment deschise la o bancă comercială. Totodată, B.N.R. este ținută să informeze corespunzător autoritatea de supraveghere din țara gazdă în care instituția de credit are deschise sucursale în legătură cu deschiderea procedurii falimentului.

Pentru a face cunoscut statutul său, începând cu data deschiderii procedurii falimentului, actele instituției de credit vor cuprinde *mențiunea „în faliment”*.

49. După deschiderea procedurii falimentului intră în funcțiune și o *interdicție specială de înstrăinare*, potrivit căreia persoanele care au deținut funcții de conducere, precum și acționarii semnificativi ai instituției de credit debitoare nu vor putea să înstrăineze, fără acordul judecătorului-sindic, acțiunile deținute la instituția de credit debitoare. Încheierea unei cesiuni de acțiuni în acest caz, fără încuviințarea judecătorului-sindic, este sancționată cu *nulitatea*. Interdicția de înstrăinare trebuie privită prin raportare la dispozițiile referitoare la răspunderea organelor de conducere ale debitoarei, având mai degrabă un rol asigurătoriu pentru ca, prin înstrăinări succesive, să nu se ajungă la eludarea normelor care reglementează răspunderea persoanelor cărora le-ar putea fi imputabilă starea de insolvență.

50. Cât privește *situația actelor încheiate anterior deschiderii procedurii*, art. 240²² din O.U.G. nr. 99/2006 stabilește un regim aparte pentru măsurile implementate în cursul administrării speciale, prevăzând că acestea nu vor putea fi suspendate sau desființate pe cale judecătorească, inclusiv în cadrul unei proceduri de faliment deschise în privința instituției de credit.

51. În cadrul procedurii, categoria creditorilor constituită din *salariații* instituției de credit își va exercita drepturile prin intermediul a doi reprezentanți desemnați.

52. *Cheltuielile* aferente procedurii falimentului urmează să fie suportate din averea instituției de credit debitoare. Lichidatorul judiciar este obligat să întocmească lunar un *raport* privind evoluția procedurii falimentului, cuprinzând detalii referitoare la fondurile obținute din lichidare și din încasarea de creanțe, planul de distribuie, cheltuielile efectuate, inclusiv calculul onorariului său. Plata onorariului lichidatorului judiciar ar urma să aibă loc trimestrial, condiționat însă de prezentarea rapoartelor lunare amintite și a raportului prevăzut de art. 97 din Codul insolvenței.

Termenul de prezentare a raportului și a *planului de distribuie* poate fi prelungit cu cel mult o lună. În cadrul art. 224 alin. (2) din Codul insolvenței nu se prevede, asemănător art. 160 din același act normativ, și posibilitatea scurtării termenului de prezentare. Diferența rezidă din periodicitatea distinctă de prezentare a raportului asupra fondurilor în cele două ipoteze (în dreptul comun la fiecare 3 luni, iar în materia instituțiilor de credit lunar). Planul de distribuție înregistrat la grefa tribunalului va trebui, totodată, publicat de lichidatorul judiciar în B.P.I.

În legătură cu raportul privind fondurile și planul de distribuție, oricare dintre creditori este legitimat să formuleze *„obiecțiuni”* în termen de 10 zile de la publicarea în B.P.I. În fapt însă, deși legiuitorul folosește noțiunea de „obiecțiuni”, este practic o formă de contestație la raport și plan. Toate obiecțiunile vor fi soluționate deodată cu citarea

lichidatorului judiciar și a creditorilor, în termen de 20 de zile de la publicarea în B.P.I. a raportului.

Raportul prevăzut de art. 97 din Codul insolvenței va fi întocmit de lichidatorul judiciar după pronunțarea hotărârii judecătorești privind deschiderea procedurii falimentului iar, pe lângă indicarea cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței debitorului, va conține și propuneri privind modalitatea de lichidare a bunurilor și a drepturilor din averea instituției de credit debitoare. Formele de lichidare incidente în cazul falimentului unei instituții de credit sunt limitate la 3 categorii: tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive; vânzarea de bunuri, precum clădiri, terenuri, valori mobiliare, operațiuni de lichidare care se realizează cu respectarea prevederilor Secțiunii a 7-a a Capitolului I din Titlul II; alte tehnici de valorificare a activelor, precum cesiuni de creanță ori novații, realizate în interesul procedurii falimentului la o valoare negociată.

Secțiunea a 5-a. Lichidarea averii debitoare.

Tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive

53. Astfel cum rezultă din prevederile legale care reglementează activitatea lichidatorului, simultan cu sau imediat după întocmirea raportului cu privire la cauzele stării de insolvență, lichidatorul va propune o *strategie de valorificare*, în condițiile art. 225 din Codul insolvenței.

Dacă în ceea ce privește vânzarea de bunuri mobile sau imobile, corporale sau incorporale, dispozițiile legii aplicabile falimentului instituțiilor de credit fac trimitere la conținutul Secțiunii nr. 7 – Falimentul, Capitolul I, modalitatea de valorificare a activelor prin cesiuni de creanță ori novații nu este reglementată în mod particular și, în consecință, aceste operațiuni vor fi desfășurate în același mod cu procedura prevăzută pentru lichidarea averii debitorilor-societăți de drept comun.

În schimb, referitor la tranzacțiile privind vânzarea-cumpărarea de active și asumarea de pasive, legiuitorul a înțeles să dezvolte cadrul de derulare al acestora în mod distinct, asigurând posibilitatea de intervenție a B.N.R., cu atât mai mult cu cât asumarea de pasive presupune preluarea depozitelor și a altor obligații ale instituției de credit aflate în faliment de către o altă instituție de credit, care ar trebui să fie eligibilă.

De altfel, vânzarea-cumpărarea de active și asumarea de pasive reprezintă cea mai importantă modalitate de restructurare a instituțiilor de credit, astfel cum rezultă din studiul efectuat de Banca Mondială, menționat la începutul prezentului capitol.

Simpla vânzare de portofolii de creanțe, mai ales cele în suferință, nu presupune calitatea specială de instituție de credit a dobânditorului, atâta vreme cât nu se transmite și obligația de a presta serviciile pe care le realizează o instituție de credit. Dobânditorul unei creanțe rezultate dintr-un contract de credit care este *titlu executoriu*, în condițiile art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, se va putea prevala de titlul executoriu – izvor al creanței cedate –, acest caracter al creanței nedispărând prin intermediul operațiunii de cesiune, care nu face decât să transfere o creanță în starea pe care o deținea cedentul. Aceasta este și poziția instanței supreme, exprimată recent cu ocazia unei sesizări preliminare pentru dezlegarea unei probleme de drept^[1], care a statuat, printre altele, după cum urmează:

^[1] I.C.C.J., Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, Dec. nr. 3/2014 (M. Of. nr. 437 din 16 iunie 2014). A se vedea, de asemenea, motivarea expusă la pct. 2, filele 11-12 din Raportul asupra chestiunii de drept care a făcut obiectul pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea modului de interpretare

„În consecință, caracterul executoriu este asociat cu creanța, iar nu cu înscrisul ca atare și, atât timp cât legiuitorul a acordat contractelor de credit caracterul de titluri executorii, creanța însăși a devenit una executorie, astfel încât atributul executorialității nu se constituie într-un aspect de drept procesual, așa cum a susținut titularul sesizării, ci a devenit o calitate a creanței, care se transmite prin cesiune.

Totodată, trebuie subliniat că art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, cu modificările și completările ulterioare, nu a conferit contractelor de credit trăsătura de titlu executoriu în considerarea persoanelor semnatare ale unor asemenea contracte, ci a naturii respectivelor convenții.

Modificarea părților originare ale actului juridic care constituie titlu executoriu nu afectează substanța titlului executoriu, poziția cesionarului fiind aceea a unui veritabil succesor cu titlu particular, care preia, astfel, toate drepturile pe care cedentul le avea în legătură cu creanța”.

54. Caracterul de titlu executoriu apreciem că nu poate fi însă extins în privința *scrisorilor de garanție bancară*, având în vedere că prin intermediul acestora instituțiile de credit își asumă calitatea de debitor în raport cu terțul beneficiar al scrisorii. Ori, procedând la interpretarea istorică și sistematică a prevederilor art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, rezultă că ipoteza menționată nu se înscrie în teza prevăzută de acest articol, de vreme ce, prin emiterea unei scrisori de garanție bancară, nu se urmărește garantarea unui credit bancar ci, din contră, instituția de credit se angajează să acopere obligațiile clientului său (ordonatorul scrisorii) față de un terț. Cu alte cuvinte, prin intermediul art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, legiuitorul a înțeles să atribuie caracterul de titlu executoriu doar contractelor de credit și garanțiilor atașate acestora, respectiv garanțiile prin care se urmărește asigurarea restituirii sumelor acordate clienților de către instituțiile bancare. În aceste condiții, terțul beneficiar al scrisorii nu se poate prevala de prevederile menționate pentru a susține caracterul de titlu executoriu al scrisorii.

55. Operațiunea de vânzare de active, transfer de depozite, vânzare de active cu asumarea de pasive o regăsim și în cadrul art. 240¹⁴ din O.U.G. nr. 99/2006 pentru *perioada de pre-insolvență* (administrarea specială), de unde rezultă importanța acordată modalității în discuție inclusiv din perspectiva legii care organizează, cu titlu general, activitatea instituțiilor de credit, cu mențiunea că, în cadrul perioadei de pre-insolvență, sunt stabilite anumite cerințe specifice. În concret, trebuie avute în vedere exigențe precum: asigurarea priorității transferului depozitelor garantate (cu respectarea principiului costului minim), selecția celei mai avantajoase oferte, tratamentul echitabil și asigurarea unei concurențe loiale între instituțiile eligibile posibil achizitoare, garantarea dreptului de opțiune

și aplicare a dispozițiilor art. 120 din O.U.G. nr. 99/2006, privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului coroborat cu art. 22 din legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România în situația în care cererea de încuviințarea a executării silite a unui contract de credit este formulată de asigurătorul subrogat în drepturile creditorului instituție bancară. Amintim că, în cadrul raportului menționat, s-a reținut, printre altele: „executabilitatea contractului de credit este un atribut legal, pentru că este expres conferită de lege”, iar „caracterul de titlu executoriu al contractului de credit este un atribut obiectiv, ce ține exclusiv de natura juridică a unui atare contract”, astfel încât „executabilitatea unui contract, ca și atribut legal al acestuia [...] nu se pierde prin transmiterea drepturilor și obligațiilor cuprinse în clauzele sale, schimbarea persoanei titulare a acestora neafectând acest element conferit de lege”.

Deși cererea a fost respinsă ca inamisibilă față de neîndeplinirea condițiilor art. 519 NCP, respectiv lipsa elementului de noutate, în cuprinsul hotărârii menționate a fost tranșată, cu titlu subsidiar, și problema de drept supusă analizei.

al deponenților, minimalizarea riscului ca după transfer Fondul de garantare să fie ținut și la plata compensației.

§1. Procedura valorificării

56. *Procedura valorificării* presupune ca achizitorul să fie o instituție financiară calificată care își asumă, totodată, total sau parțial, depozitele garantate.

În fapt, operațiunea este o *vânzare a unei universalități de bunuri*, în înțelesul acestui termen, prevăzut de art. 541 NCC, potrivit căruia „ansamblul bunurilor care aparțin aceleiași persoane și au o destinație comună stabilită prin voința acesteia sau prin lege” pot să facă, împreună ori separat, obiectul unor acte sau raporturi juridice. Mai mult, apreciem că, în limite rezonabile, operațiunea în discuție poate să atingă și pragul transferurilor pentru care trebuie analizate și implicațiile reglementate prin legea concurenței, urmând să fie necesare și avizele cerute de dispozițiile speciale amintite și/sau chiar observarea reglementărilor din dreptul muncii, în ipoteza în care cu această ocazie ar avea loc și transferul unei părți din personalul instituției de credit.

Tranzacțiile privind cumpărarea de active și asumarea de pasive pot fi efectuate cu plata la vedere sau la termen ori chiar cu opțiuni viitoare^[1].

În cadrul acestor operațiuni, se poate concepe mecanismul încasării unei sume la momentul transferului dreptului de proprietate și/sau, după caz, a unei sume la exercitarea opțiunii, în funcție de calitatea portofoliului. De asemenea, în astfel de operațiuni este acceptată posibilitatea rediscutării termenilor contractuali, în cazul în care există operațiuni frauduloase, descoperite după data transferului, și care privesc portofoliul transferat.

1.1. Etapele procedurii de valorificare

57. În prealabil, potrivit prevederilor Codului insolvenței, lichidatorul va consulta poziția B.N.R. în ceea ce privește această modalitate de lichidare, urmând să informeze creditorii cu privire la punctul de vedere al autorității prudențiale^[2].

58. Următoarea etapă este *aprobarea*, de către adunarea creditorilor, a *modalității de lichidare*.

59. Ulterior, va fi organizată o *ședință de informare*, la care se convoacă instituțiile de credit eligibile, în conformitate cu evaluările prealabile ale B.N.R., fiind semnat totodată și un acord de confidențialitate cu aceste instituții, care vor fi ținute să respecte secretul profesional^[3].

60. După informarea potențialelor instituții achizitoare, lichidatorul va redacta o *cerere de ofertă*, în cuprinsul căreia vor trebui prevăzute anumite elemente esențiale, și anume: categoriile de active și pasive care urmează să facă obiectul tranzacției, volumul, gradul de lichiditate și exigibilitatea acestora, valoarea de lichidare, respectiv prima stabilită de lichidator, care este în directă corelație cu calitatea activelor (curente sau cele „în suferință”) și pasivelor, precum și termenul în care trebuie depusă oferta de achiziție.

^[1] Pentru detalii în acest sens, a se vedea L. Smarandache, op. cit., p. 391.

^[2] În sensul că textul nu este suficient de riguros în ceea ce privește mecanismul cererii și al ofertei, a se vedea V. Nemeș, op. cit., p. 270.

^[3] Pentru detalii în acest sens, a se vedea L. Smarandache, op. cit., p. 391.

61. În cuprinsul art. 229 din Codul insolvenței se instituie expres un termen de 15 zile, înăuntrul căruia instituțiile de credit trebuie să *comuneze oferta* acestora, însă într-un plic închis.

Nu este clară rațiunea pentru care a fost stabilită limita de 15 zile care, deși aparent ar tinde la celeritatea procedurii, poate reprezenta un impediment pentru obținerea unui preț adecvat, la fel cum este discutabilă obligația formală de a trimite oferta într-un plic închis *versus* valorificarea ofertei la o licitație competitivă.

62. În continuarea procedurii, lichidatorul va analiza ofertele, aplicând principiul costului minim presupus și va avea în vedere aprobarea B.N.R. cu privire la instituțiile eligibile, urmând ca, totodată, să înștiințeze Consiliul Concurenței cu privire la potențiala tranzacție, pentru a fi verificată îndeplinirea cerințelor Legii nr. 21/1996.

Instituțiile de credit achizitoare pot să își asume pasivele reprezentând depozitele garantate^[1] total sau parțial, putându-se ajunge chiar la preluarea în întregime a instituției de credit aflate în faliment^[2].

63. Cât privește aparenta imposibilitate de a mai folosi această metodă de valorificare rezultată din prevederile art. 232 din Codul insolvenței, lichidatorul fiind ținut să realizeze lichidarea prin celelalte metode prevăzute de lege dacă nu s-a primit o ofertă în termenul de 15 zile ori nu au fost aprobate ofertele de către B.N.R., în acest context se poate dovedi oarecum nefirească. Apreciem că interpretarea cea mai corectă a prevederilor legale în discuție ar fi aceea potrivit căreia, deși în materie se justifică o celeritate deosebită, nu există niciun impediment, respectiv un termen de decădere procedural, pentru ca lichidatorul să nu poată repeta procedura vânzării de active și asumării de pasive, în condițiile în care acesta poate să aibă anumite așteptări legitime, datorită creării unei vizibilității crescute a operațiunii de transfer, cu respectarea cerințelor legale privind aprobarea de către B.N.R., pentru respectarea cerințelor de prudențialitate privind activitatea bancară.

1.2. Distribuția sumelor în cadrul falimentului instituțiilor de credit

64. Activitatea de *distribuire* diferă, deși nu într-o manieră substanțială, de cea reglementată în cadrul art. 161 din Codul insolvenței, prezentând o nuanță în ceea ce privește creanțele având la bază depozitele persoanelor fizice, care sunt garantate în conformitate cu O.G. nr. 39/2006.

Ordinea stabilită de legiuitor este următoarea:

a) Plăți privind taxe de timbru și alte cheltuieli aferente procedurii, cheltuieli în legătură cu conservarea și administrarea bunurilor din averea instituției insolvente, plata onorariilor specialiștilor angajați în condițiile legii, respectiv lichidatorul judiciar;

b) Creanțele rezultând din depozitele garantate, astfel cum sunt reglementate de O.G. nr. 39/1996, inclusiv în ipoteza în care, în locul depozitelor garantate, se subrogă Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar, prin plata drepturilor deponenților sau a altor operațiuni similare. Tot la această poziție de îndestulare se află și creanțele izvorâte

^[1] Conform art. 2 alin. (3) lit. b) din O.G. nr. 39/1996, depozitul garantat este definit prin excludere, respectiv depozitul care nu se încadrează în cele din anexă, iar plafonul de garantare este limitat la suma de 100.000 euro, conform art. 6 din același act normativ.

^[2] Din aceasta perspectivă, operațiunea este susceptibilă de a fi notificată Consiliului Concurenței pentru a se verifica impactul în domeniul concurențial și, de asemenea, trebuie avute în vedere exigențele din Codul muncii, dacă preluarea are impact și asupra personalului.

din raporturile de dreptul muncii, datorate pe cel mult 6 luni anterioare deschiderii procedurii falimentului;

c) Creanțele curente rezultând din activitatea debitorului, dar care nu se încadrează în ipoteza prevăzută de art. 234 pct. 1 din Codul insolvenței, mai exact cheltuieli de conservare a bunurilor și de plată a onorariilor persoanelor angajate;

d) Creanțele Fondului de garantare a depozitelor din sistemul bancar care exced creanțelor garantate, astfel cum acestea sunt definite de O.G. nr. 39/2006, creanțele B.N.R. izvorând din creditele acordate instituțiilor de credit, precum și creanțele bugetare;

e) Creanțe chirografare care rezultă din operațiuni de trezorerie, operațiuni cu titluri, livrări de produse prestări de servicii și alte creanțe chirografare;

f) Creanțele izvorând din actele cu titlu gratuit, aici putând fi încadrate, în principiu, operațiunile reprezentând sponsorizări și activități de mecenat reglementate de Legea nr. 32/1994 privind sponsorizarea și mecenatul;

g) Creanțele care sunt subordonate, conform convenției părților, în sensul că respectivele creanțe sunt subordonate, *ex contractu*, prin renunțarea la tratamentul egalitar (*pari passu*) cu toți ceilalți creditori. Cel mai probabil, acestea sunt finanțări subordonate, avute în vedere inclusiv de către B.N.R. în analiza indicatorilor de performanță financiară, urmând să fie plătite conform ordinii de preferință convenite expres;

h) Creanțele acționarilor instituției de credit în faliment, a membrilor cooperatori ai cooperativelor de credit afiliate casei centrale a cooperativelor de credit în faliment, derivând din calitatea acestora, ceea ce în realitate reprezintă dreptul rezidual, rezultat după îndestularea tuturor celorlalți creditori, raportat la prevederile Legii nr. 31/1990 și a prevederilor statutare. Cu alte cuvinte, creditorii menționați, în virtutea deținerii la entitatea falită, vor ajunge să beneficieze de eventualele sume rămase după distribuirile făcute celorlalți creditori, astfel că, în fapt, creanțele în discuție se comportă asemenea unor creanțe subordonate, însă de data aceasta prin lege. O asemenea categorie de creditori nu este reglementată în cadrul insolvenței de drept comun la art. 161 din noul Cod al insolvenței.

Menționăm că, în cadrul fiecărei categorii, nu este stabilită o ierarhie, așa încât funcționează *principiul proporționalității*. Pentru plățile curente se va respecta principiul proporționalității, însă acesta va trebui coroborat cu *principiului asigurării eficienței plății*, pentru a se evita eventuale plăți parțiale inutile (de exemplu, nu se poate plăti proporțional o taxă de timbru, pentru că o atare plată nefiind suficientă pentru a satisface cerința timbrajului, ar echivala cu o lipsire de efecte juridice a cheltuielii respective, exceptând ipoteza în care ar exista o eșalonare aprobată), urmând ca ulterior să se echilibreze plățile pentru toți creditorii din această categorie^[1].

65. Din analiza art. 234 din Codul insolvenței raportat la dispozițiile art. 161 din același act normativ, rezultă că tratamentul legal al creanțelor subordonate în cadrul falimentului unei instituții de credit este abordat diferit față de ipoteza falimentului unei societăți de drept comun. Astfel, în conformitate cu art. 161 pct. 10 din Codul insolvenței, sunt considerate *creanțe subordonate*: creanțele născute în patrimoniul terților dobânditori de rea-credință ai bunurilor, creanțele cuvenite subdobânditorilor de rea-credință, respectiv

^[1] În sensul că în raport să nu se mai menționeze sumele plătite în cursul procedurii, ci doar sumele nete care rezultă după deducerea cheltuielilor procedurale, a se vedea A. Bosigniori, *Liquidazione del attivo*, Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1976, p. 195.

drepturile de creanță ale asociațiilor sau acționarilor care dețin cel puțin 10% din capitalul social, respectiv din drepturile de vot.

De asemenea, observăm că, în cadrul distribuției în cadrul falimentului unei societăți de drept comun, creanțele izvorâte din acte cu titlu gratuit sunt trecute la poziția creanțelor subordonate, în vreme ce în cadrul falimentului instituțiilor de credit, acestea sunt trecute la poziția creanțelor cu rang superior celor cu caracter de subordonare.

În ceea ce privește *plata creanțelor garantate*, se aplică dispozițiile generale cu privire la dreptul lor de preferință, cu deducerea cheltuielilor procedurale aferente bunului obiectul al garanției, respectiv ordinea prevăzută de art. 159 din Codul insolvenței.

Secțiunea a 6-a. Răspunderea organelor de conducere, a cenzorilor și a personalului de execuție sau cu atribuții de control din instituția de credit ajunsă în faliment

66. Răspunderea membrilor organelor de conducere în materia falimentului unei instituții de credit comportă câteva nuanțe speciale.

În primul rând, sfera persoanelor chemate să răspundă, în măsura în care le-ar fi imputabilă starea de insolvență a instituției de credit debitoare, este destul de strict conturată, prin raportare la anumite funcții deținute în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii, fără să se trimită, asemenea dreptului comun, la „orice alte persoane care au contribuit”. Cu alte cuvinte, sunt avute în vedere doar persoanele implicate efectiv în gestiunea instituției bancare în virtutea funcțiilor deținute în ultimii trei ani, chiar dacă, între timp, misiunea acestora a încetat. Astfel, art. 235 alin. (1) din Codul insolvenței vizează exclusiv: membrii organelor de conducere ori directori/coordonatori cu atribuții de control intern ai direcțiilor, departamentelor sau ai altor structuri asemănătoare, personalul de execuție cu atribuții de control intern, cenzorii/auditorii din cadrul instituției de credit ajunse în stare de insolvență.

Potrivit art. 107 din O.U.G. nr. 99/2006, în ipoteza în care instituția de credit optează pentru sistemul unitar de administrare, conducerea este delegată de către consiliul de administrație la cel puțin doi directori, iar atunci când optează pentru sistemul dualist de administrare, directoratul este format din cel puțin trei membri.

În plus, în această materie specifică, analiza condițiilor de angajare a răspunderii posterioare a persoanelor care au contribuit la ajungerea instituției de credit în faliment trebuie realizată și prin raportare la exigențele reputaționale, profesionale și de conduită impuse de art. 108 din O.U.G. nr. 99/2006. De altminteri, începerea exercitării responsabilităților de către membrii consiliului de administrație și directorii sau, după caz, membrii consiliului de supraveghere și ai directoratului unei instituții de credit, precum și de persoanele desemnate să asigure conducerea structurilor care privesc activitățile de administrare și control al riscurilor, audit intern, conformitate, trezorerie, creditare, precum și orice alte activități care pot expune instituția de credit unor riscuri semnificative, este supusă aprobării prealabile a B.N.R., putându-se vorbi astfel de o intervenție preventivă. Auditorii financiari sunt supuși aprobării prealabile a B.N.R. în condițiile art. 155 din O.U.G. nr. 99/2006.

Aplicarea unor eventuale sancțiuni/măsuri sancționatorii în condițiile art. 229 din O.U.G. nr. 99/2006 nu înlătură răspunderea prevăzută de art. 235 din Codul insolvenței.

67. Subliniem că simpla deținere a funcțiilor în discuție, în perioada menționată, nu este suficientă pentru a se proceda la angajarea răspunderii, ci trebuie dovedită, în fiecare caz în parte, îndeplinirea *condițiilor răspunderii civile delictuale*, cu câteva particularități.

Cât privește fapta ilicită, aceasta trebuie să se încadreze cel puțin într-una dintre ipotezele descrise de art. 169 alin. (1) din Codul insolvenței, la care se adaugă încă trei fapte specifice.

Prima faptă ilicită este asociată uneia dintre principalele activități desfășurate de o instituție de credit și constă în *acordarea de „credite cu încălcarea cerințelor prudențiale aprobate prin normele în vigoare, precum și cu nerespectarea normelor interne în vigoare”* [art. 235 lit. c) din Codul insolvenței]. Astfel, în conformitate cu prevederile art. 18 alin. (1) lit. b) din O.U.G. nr. 99/2006, instituția de credit poate desfășura, în limita autorizării, activități de acordare de credite precum: credite de consum, credite ipotecare, factoring cu sau fără regres, finanțarea tranzacțiilor comerciale, inclusiv forfetare. Însă, pentru gestionarea riscului de credit prin acte emise de autoritatea de reglementare, dar și prin normele interne ale fiecărei bănci, sunt instituite o serie de proceduri care tind, cu titlu preventiv, spre limitarea acestor riscuri. Ori, nesocotirea normelor amintite cu ocazia acordării creditelor generează practic o expunere suplimentară a instituției de credit față de riscul intrinsec oricărei activității de creditare, care poate conduce în cele din urmă la starea de insolvență.

Cea de-a doua faptă ilicită vizează o *reflectare incorectă a situației instituției de credit în documentele contabile, financiare*, în dezacord cu dispozițiile legale aplicabile. Menționăm că, potrivit art. 152 din O.U.G. nr. 99/2006, instituțiile de credit sunt ținute la organizarea și conducerea contabilității cu respectarea Legii contabilității nr. 82/1991, iar situațiile financiare anuale, respectiv anuale consolidate trebuie „să ofere o imagine fidelă a poziției financiare, a performanței financiare, a fluxurilor de trezorerie și a celorlalte aspecte legate de activitatea desfășurată”. Situațiile menționate sunt supuse auditării și publicării anuale. De asemenea, situațiile financiare, dar și alte date/informații suplimentare prevăzute prin reglementări și instrucțiuni trebuie prezentate B.N.R., în calitate de autoritate de supraveghere, acestea putând sta la baza unor măsuri care să tindă la redresarea situației instituției de credit aflate în dificultate. Din această perspectivă, întocmirea unor „situații financiare, alte situații contabile ori raportări cu nerespectarea prevederilor legale”, cu efecte în planul modului de continuare a activității și solvabilității viitoare a instituției, se înscrie printre faptele care pot genera antrenarea răspunderii patrimoniale personale în cadrul procedurii falimentului.

În fine, cea de-a treia ipoteză sancționează *atitudinea de pasivitate a persoanelor care „în cadrul acțiunilor interne de verificare nu au identificat și nu au sesizat, prin nerespectarea atribuțiilor de serviciu, faptele care au condus la fraude și gestiune defectuoasă a patrimoniului”* [art. 235 lit. c) din Codul insolvenței].

68. Menționăm că, în condițiile în care organele de conducere ale unei instituții de credit implică adesea o funcționare colegială, fapta imputabilă unui asemenea organ devine, în cele din urmă, fapta comună a membrilor care au participat la procesul decizional^[1], bineînțeles cu excepția celor care au făcut dovada votului contrar sau, în lipsă, au făcut mențiune despre acest fapt în termenul legal.

Limita superioară a măsurii reparării prejudiciului este dată de *întreg pasivul* neplătit al debitorului aflat în stare de insolvență. Însă, nu este exclus ca persoana sau persoanele

^[1] O. Ralet, Responsabilités des dirigeants de sociétés, Ed. Larcier, Bruxelles, 1996, p. 85-86.

responsabile să fie obligate doar la suportarea *unei părți* din pasivul menționat, proporțional cu contribuția la apariția stării de insolvență. Răspunderea întemeiată pe dispozițiile art. 235 din Codul insolvenței fiind o formă de răspundere delictuală, sunt incidente prevederile art. 1382 și art. 1383 NCC, potrivit cărora persoanele responsabile pentru o faptă prejudiciabilă sunt ținute *solidar* la reparație față de cel prejudiciat, în vreme ce între codebitori obligația este *divizibilă*.

69. Între faptele menționate anterior și starea de insolvență a instituției de credit trebuie să existe o *legătură de cauzalitate*, în sensul că fapta imputabilă reținută să fi „contribuit la ajungerea acesteia în stare de insolvență”. Deci, nu este suficientă existența vreuneia dintre faptele culpabile prevăzute de art. 235 din Codul insolvenței, dacă aceasta nu a determinat, singură sau împreună cu alte împrejurări, starea de insolvență a debitoarei.

70. În principiu, *legitimarea procesuală activă* în vederea formulării unei atare cereri de antrenare a răspunderii revine lichidatorului judiciar, pornind de la constatările incluse în raportul întocmit în condițiile art. 97 din Codul insolvenței, unde ar fi identificate persoanele cărora le-ar fi imputabilă apariția stării de insolvență a instituției de credit debitoare.

Însă, cu titlu subsecvent și independent de conținutul raportului menționat, art. 236 din Codul insolvenței recunoaște calitatea procesuală de a sesiza judecătorul-sindic în vederea angajării răspunderii, în bază datelor existente la dosar, unei sfere extinse de persoane, respectiv: lichidatorul judiciar, oricare acționar sau creditor (fără să fie impus vreun prag valoric) și B.N.R. Totodată, judecătorul-sindic va putea dispune *măsuri asigurătorii*, pentru a nu se dilua, între timp, patrimoniul personal al celor vizați de o asemenea cerere de angajare a răspunderii.

Secțiunea a 7-a. Închiderea procedurii falimentului instituțiilor de credit

71. *Închiderea procedurii falimentului* unei instituții de credit intervine la solicitarea lichidatorului judiciar în condițiile aprobării raportul final, distribuirii tuturor fondurilor sau bunurilor din averea debitoarei și depunerii de către lichidatorul judiciar la Trezoreria Statului a fondurilor nereclamate de cei îndreptățiți în termenul legal de 90 de zile, sens în care un extras de cont va fi depus la judecătorul-sindic.

Cât privește *comunicarea hotărârii de închidere a procedurii* către părțile implicate, art. 237 alin. (1) teza a doua din Codul insolvenței prevede două modalități alternative, și anume comunicarea în scris sau în presă (în cel puțin două ziare de circulație națională).

De la data pronunțării hotărârii de închidere a procedurii falimentului curge un termen de 60 de zile lucrătoare până la expirarea căruia lichidatorul judiciar este obligat să depună la direcția arhivelor naționale, județene sau, după caz, a municipiului București restul documentelor instituției de credit debitoare, arhivate corespunzător.

Secțiunea a 8-a. Mențiuni finale

72. Prevederile art. 238 din Codul insolvenței conțin *norme de gestiune a secretului profesional* în cadrul demersurilor de informare și consultare prevăzute în materia specială a procedurii falimentului unei instituții de credit, pentru că, astfel cum se menționează în

parag. 32 din preambulul Directivei nr. 2001/24/CE, secretul profesional „ar trebui să fie respectat de toate autoritățile administrative care iau parte la astfel de proceduri, întrucât autoritățile judiciare rămân, în această privință, supuse dispozițiilor de drept intern care le vizează”. Astfel, persoanelor implicate în comunicarea sau, după caz, primirea de informații pe parcursul derulării procedurii speciale aferente falimentului unei instituții de credit le incumbă obligația de a păstra secretul profesional potrivit prevederilor art. 3 și art. 52 din Legea nr. 312/2004 privind Statutul Băncii Naționale a României și a celor cuprinse în Titlul II, Capitolul II din O.U.G. nr. 99/2006, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 227/2007, exceptând autoritățile judiciare cărora li se aplică prevederile naționale în vigoare.

73. În pofida intrării în faliment a unei instituții de credit, se va menține, în scopuri statistice, apartenența sa la sistemul bancar, astfel că lichidatorul judiciar va fi ținut să întocmească *raportări către B.N.R.* în condițiile stabilite prin norme speciale.

74. Cât privește contractele financiare calificate și operațiunile de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau a unui acord de compensare bilaterală încheiate de o instituție de credit, acestea vor fi abordate din perspectiva reglementării-cadru cuprinse în art. 89 din Codul insolvenței.

75. În fine, pornind de la împrejurarea că în Codul insolvenței se optează doar pentru varianta falimentului instituțiilor de credit, în orice act normativ în vigoare sintagma „procedura reorganizării judiciare și a falimentului instituțiilor de credit” se va înlocui, corespunzător, cu „procedura falimentului instituțiilor de credit”.

CAPITOLUL XVIII. FALIMENTUL SOCIETĂȚILOR DE ASIGURARE/REASIGURARE

Secțiunea 1. Precizări prealabile

1. Operațiunile de asigurare sunt deosebit de complexe, iar, datorită efectelor juridice pe care acestea le produc, la exercitarea lor participă mai multe entități, unele dintre ele persoane fizice sau juridice, aparținând dreptului comun, iar altele reprezentând autoritățile administrative ale statului, implicate în această activitate.

Comerțul cu asigurări^[1] este practicat de către asigurători, care, potrivit legislației noastre, se împart în două categorii: asigurători – societăți de asigurare reglementate de Legea nr. 31/1990 și asigurători – societăți mutuale de asigurare. Dar, la încheierea unei asigurări, un rol important îl au intermediarii în asigurări, care mijlocesc raportul de asigurare între asigurați și asigurători. Intermediarii în asigurări sunt, în principal, agenții de asigurare și brokerii de asigurare. Agenții de asigurare pot fi atât persoane fizice, cât și persoane juridice, iar brokerii se pot constitui și funcționa exclusiv sub forma societăților reglementate de Legea nr. 31/1990 – persoane juridice.

Activitatea de asigurare interesează în egală măsură și puterea statală care, în virtutea principiului organizării economiei de piață, trebuie, pe de o parte, să intervină pentru a asigura un cadru favorabil exercitării activității de asigurare de către asigurători, a extinderii acestuia prin intermediari, și, pe de altă parte, pentru a adopta reguli de prudență, care să protejeze asigurații sau potențialii asigurați. Intervenția statului se impune pentru protecția asiguraților, deoarece operațiunile de asigurare sunt complexe, iar asigurătorii sunt profesioniști în materie, în timp ce asigurații, fiind necunoscători, pot fi supuși unor abuzuri din partea comercianților de asigurări.

De aceea, statele au înființat autorități administrative care să controleze, să supravegheze și să sancționeze, după caz, practicile abuzive ale asigurătorilor^[2]. În România, această autoritate este A.S.F.

^[1] Este fără îndoială că operațiunile de asigurare sunt veritabile întreprinderi comerciale, iar sub reglementarea Codului comercial erau considerate fapte de comerț obiective. A se vedea I.N. Fițescu, *Curs de drept comercial*, editat de Al.Th. Doicescu, București, 1929, p. 55-56; St.D. Cărpănu, *Drept comercial român*, ed. a 6-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 51-52; I. Turcu, *Teoria și practica dreptului comercial român*, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 43; S. Angheni, M. Volonciu, C. Stoica, M.G. Lostun, *Drept comercial*, Ed. Oscar Print, București, 2000, p. 44; R. Motica, V. Popa, *Drept comercial român și drept bancar*, Ed. Lumina Lex, București, 1999, p. 44.

^[2] De exemplu, în Franța, controlul și supravegherea prudențială sunt exercitate de Consiliul Național al Asiguraților, care în 2003 a fuzionat cu Consiliul Național de Credite; în sistemul italian autoritatea administrativă poartă denumirea de ISVAP (*L'istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private e di interesse collettivo*) și este reglementată de Codul asigurărilor private, constituirea, organizarea, funcționarea și principalele competențe fiind cuprinse în art. 3-10 din cod (a se vedea R. Pellino, P. Pellino, S. Sorgi, *Capire le assicurazioni*, Ed. Il Sole 24 ore, Milano, 2006, p. 22 și urm.; S. Lanna, *Diritto delle assicurazioni private*, Grupul editorial Esselibri-Simone, Milano, 2006, p. 36 și urm.); în Danemarca, entitatea însărcinată cu supravegherea și controlul în domeniul asigurărilor este A.S.F. (pentru detalii, a se vedea R. Blanpain, P. Lyngs, *International Encyclopedia of Laws*, Ed. Kluwer International, Boston, 1992, p. 19-20). În dreptul belgian, controlul este exercitat de Comisia bancară, financiară și de asigurări (C.B.F.A.) creată în 2004 în subordinea Ministerului Afacerilor Economice (a se vedea M. Fontaine, *Droit des assurances*, 3^e ed., Ed. Larcier Bruxelles, 2006, p. 41 și urm.).

Secțiunea a 2-a. Noțiunea și particularitățile activității de asigurare

2. *Operațiunile de asigurare* sunt complexe și prezintă o importanță deosebită pentru activitatea economică și socială^[1], motiv pentru care legiuitorul le-a instituit un regim juridic special. Acest regim cârmuiește atât înființarea, funcționarea și încetarea existenței asigurătorilor, cât și intermedierea, încheierea și executarea contractelor de asigurare.

Principala reglementare referitoare la persoanele (profesioniștii) care pot exercita comerțul cu asigurări în România se găsește în Legea nr. 32/2000, care în art. 11 stipulează: „Activitatea de asigurare în România poate fi exercitată numai de:

a) persoane juridice române, constituite ca societăți pe acțiuni și/sau societăți mutuale, autorizate de A.S.F. potrivit procedurii reglementate la art. 12;

b) asigurători sau reasigurători autorizați în statele membre, care desfășoară activitate de asigurare sau de reasigurare pe teritoriul României în conformitate cu dreptul de stabilire și libertatea de a presta servicii;

c) sucursale aparținând unor societăți-mamă guvernate de legi dintr-un stat terț, autorizate de A.S.F., potrivit procedurii prevăzute la art. 12 și cu respectarea condițiilor stabilite potrivit cap. III²;

d) filiale ale unor asigurători sau reasigurători din state terțe, autorizați de A.S.F., potrivit procedurii reglementate la art. 12;

e) asigurători sau reasigurători care adoptă forma de companie europeană pe acțiuni (SE – *Societas Europaea*)”.

În analiza procedurii de constituire a asigurătorilor societăți reglementate de Legea nr. 31/1990, persoane juridice române, mai trebuie avut în vedere și Ordinul nr. 16/2012 pentru punerea în aplicare a Normelor privind autorizarea și funcționarea asigurătorilor^[2], precum și alte reglementări ale A.S.F. cu incidență în materie.

Din conținutul art. 11 al Legii nr. 32/2000, mai sus reprodus, se desprind particularitățile exercitării operațiunilor de asigurare pe teritoriul României.

În primul rând, operațiunile de asigurare nu pot fi exercitate de către orice profesionist persoană fizică sau juridică, acestea fiind rezervate atât societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, cât și societăților mutuale. Astfel, nu toate cele 5 forme de societate reglementate de Legea nr. 31/1990 privind societățile^[3] pot să-și propună drept obiect de activitate încheierea operațiunilor de asigurare, ci doar *societățile pe acțiuni*. *Societățile mutuale* la care se referă lit. a) alin. (1) al art. 11 nu intră în categoria societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, însă conform legii speciale (Legea nr. 32/2000) pot efectua astfel de operațiuni.

În subsidiar, societățile pe acțiuni care își propun să desfășoare activitate de asigurare vor trebui să îndeplinească condiția autorizării de către A.S.F., cu respectarea normelor legale. Autorizarea societăților pe acțiuni trebuie obținută anterior înregistrării în registrul comerțului. În conformitate cu alin. (2) al art. 11 din Legea nr. 32/2000, un asigurător

^[1] Avem în vedere multiplele forme de asigurare reglementate de legislația în vigoare, ca de exemplu: asigurarea obligatorie de răspundere civilă a deținătorilor de autovehicule, asigurările specifice diferitelor profesii (avocați, experți, practicieni în insolvență, medici etc.), asigurările de persoane, asigurările de bunuri, asigurările de credite ș.a.

^[2] M. Of. nr. 631 din 3 septembrie 2012.

^[3] Republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

nu poate fi înregistrat în registrul comerțului fără avizul emis în prealabil, în vederea înregistrării, de către A.S.F. Ulterior avizării și înmatriculării în registrul comerțului, societățile de asigurare și societățile mutuale de asigurare rămân în continuare sub monitorizarea A.S.F., în sensul că aceasta le va controla și supraveghea activitatea pe toată durata funcționării.

Secțiunea a 3-a. Tratatamentul juridic aplicat societăților de asigurare în dificultate financiară

§1. Considerații introductive

3. Legiutorul român manifestă o grijă deosebită în ceea ce privește patrimoniul societăților de asigurare, în scopul creării unei situații financiare solide a acestora, a unei gestiuni sănătoase și prudente a patrimoniului și al conferirii protecției asiguraților și celor vătămați ca urmare a producerii unor riscuri ce au constituit obiectul unui raport de asigurare. În acest sens, asigurătorii au obligația de a constitui fondul minim de siguranță, marja de solvabilitate și de a contribui cu sume de bani la Fondul de garantare, Fondul de protecție a victimelor străzii etc.

Pentru realizarea regulilor de prudență în domeniul asigurărilor, A.S.F. controlează situația patrimonială a societăților de asigurare și, atunci când constată dificultăți financiare, precum: scăderea marjei de solvabilitate, scăderea fondului minim de siguranță, dezechilibru între activele și pasivele societății etc., instituie anumite măsuri de restabilire a situației patrimoniale.

Falimentul unei societăți de asigurare va surveni în mod excepțional, A.S.F. având obligația de a institui *măsuri* care alcătuiesc *procedura de redresare financiară a societăților de asigurare*. Aceste măsuri au scopul evitării colapsului financiar al asigurătorului. Măsurile specifice procedurii sunt aprobate de către A.S.F., autoritatea putând să impună anumite măsuri, iar întreaga procedură se desfășoară *sub coordonarea acesteia, și nu pe cale judecătorească*.

§2. Redresarea financiară a societăților de asigurare

4. Instituțiile financiare sunt supuse unui proces continuu de control și supraveghere, prin care se urmărește crearea și menținerea unei situații financiare solide a comercianților (profesioniștilor – *n.n.*) în domeniu^[1]. Legiutorul manifestă o grijă deosebită sub acest aspect și față de societățile de asigurare, scop în care în anul 2004 a fost adoptată Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări^[2].

Inițial, aspectele legate de redresarea societăților de asigurare au fost reglementate în Capitolul VI al Legii nr. 32/2000, fiind introduse prin Legea nr. 403/2004, iar ulterior abrogate ca urmare a adoptării Legii nr. 503/2004. Ulterior intrării în vigoare a Codului insolvenței, prevederile legate de falimentul societăților de asigurare au fost preluate în integralitate de către acest act normativ.

^[1] S. Lanna, op. cit., p. 175.

^[2] M. Of. nr. 1193 din 14 decembrie 2004.

2.1. Noțiunea și caracterele redresării financiare

5. În concepția art. 3 lit. b) din Legea nr. 503/2004, *procedura de redresare financiară* reprezintă totalitatea modalităților și măsurilor cu caracter administrativ dispuse de A.S.F., ca autoritate competentă, destinate să mențină sau să restabilească situația financiară a unei societăți de asigurare^[1]. După cum se poate observa din definiția legală, redresarea financiară este o procedură specială desfășurată *sub controlul și îndrumarea A.S.F.*^[2]

Tot din definiția dată procedurii redresării financiare rezultă și caracterele acesteia.

Astfel, procedura redresării financiare are *caracter administrativ*^[3], nu judiciar^[4]. Principala consecință a caracterului administrativ al acestei proceduri este aceea că ea se desfășoară fără concursul instanțelor judecătorești, cum este cazul reorganizării judiciare din cadrul Codului insolvenței. În procedura redresării financiare a societății de asigurare, singura autoritate implicată este A.S.F.

Redresarea financiară a societăților de asigurare este asemănătoare, sub aspectul conținutului și al efectelor, cu procedura supravegherii speciale și de administrare specială a băncilor, reglementată de O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului^[5]. Nici în procedura supravegherii speciale și redresării financiare a instituțiilor de credit nu este implicată instanța de judecată, ci doar B.N.R. Redresarea financiară a societăților de asigurare se poate face doar cu condiția achitării integrale a creanțelor creditorilor companiei și doar cu corectarea indicatorilor financiari, fără a permite în acest scop plata parțială a creanțelor creditorilor companiei.

Un alt caracter al procedurii redresării financiare este *specialitatea* acestei proceduri, ea aplicându-se în cazuri speciale și numai entităților expres prevăzute de lege.

Sub aspectul destinatarilor redresării financiare^[6], Legea nr. 503/2004 stipulează că procedurile privind redresarea financiară se aplică asiguratorilor și/sau reasiguratorilor, respectiv aceasta se va aplica doar societăților de asigurare reglementate de Legea nr. 31/1990 și societăților mutuale de asigurare, cu excluderea instituirii ei asupra intermediarilor în asigurări, chiar dacă aceștia au calitatea incontestabilă de profesioniști – comercianți – participanți la raporturile de asigurare.

Redresarea financiară intervine atunci când asiguratorul se află într-o situație financiară precară, care pune în pericol drepturile creditorilor de asigurări. Criteriile de

^[1] Semnificația noțiunii de redresare financiară specifică societăților de asigurare este asemănătoare noțiunii de reorganizare judiciară. Deși se urmărește redresarea financiară a debitorului, rezultă că principalul scop al reorganizării judiciare îl reprezintă, totuși, plata datoriilor către creditori. Pentru mai multe detalii, a se vedea *St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, Noua lege a insolvenței. Legea nr. 85/2006. Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 34-35; *I. Adam, C.N. Savu*, Legea procedurii insolvenței. Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 113-114.

^[2] Au fost sisteme de drept, cum este cel italian, în care și procedura redresării financiare a debitorilor din dreptul comun se desfășura sub îndrumarea și controlul unei autorități administrative în domeniu, denumite Institutul de administrare controlată (*A. Fiale*, op. cit., p. 935 și urm.). Această procedură a fost abrogată printr-un decret din 9 ianuarie 2006.

^[3] Și autorii din doctrina de specialitate italiană au calificat această procedură ca fiind administrativă (a se vedea *A. La Torre*, op. cit., p. 29).

^[4] *St.D. Cârpenaru*, op. cit., p. 617.

^[5] Pentru detalii, a se vedea *M. Șcheaua*, Supravegherea specială, administrarea specială și falimentul băncilor, în R.D.C. nr. 12/1998, p. 37 și urm.; *V. Nemeș*, op. cit., p. 19 și urm.

^[6] În legătură cu destinatarii procedurii insolvenței în concepția Legii nr. 85/2006, a se vedea: *St.D. Cârpenaru, V. Nemeș, M.A. Hotca*, op. cit., p. 2 și urm.; *I. Adam, C.N. Savu*, op. cit., p. 10 și urm.; *I. Turcu*, op. cit., p. 258 și urm.; *Gh. Piperea*, Insolvența. Legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 42.

apreciere sunt cele prevăzute în art. 7 din Legea nr. 503/2004 și au în vedere cel puțin unul dintre cele două elemente, *marja de solvabilitate* și *fondul de siguranță*. Marja de solvabilitate și fondul de siguranță reprezintă indicatori prudențiali, ce sunt raportați lunar, în conformitate cu reglementările emise de A.S.F.

Procedura redresării financiare are un pronunțat *caracter de salvagardare* a societății de asigurare, pentru că, prin măsurile ce se dispun în cadrul acesteia, se urmărește restabilirea situației financiare și evitarea ajungerii în starea de faliment. La fel ca și în procedura insolvenței prevăzută de Codul insolvenței pentru societățile non-financiare, în situația nereușitei procedurii de redresare financiară a debitorului, se prevăd și măsuri de lichidare a debitorului și de încetare a existenței acestuia. O distincție semnificativă este aceea că redresarea financiară cuprinde, în principal, reguli care au drept scop consolidarea situației financiare a asigurătorului în cauză și poate avea loc numai cu concursul și acordul acționarilor societății de asigurări, pe baza unui plan de redresare aprobat de aceștia și acceptat de A.S.F., în conformitate cu prevederile art. 5 coroborate cu cele ale art. 8 din Legea nr. 503/2004.

Un ultim caracter al procedurii redresării financiare a asigurătorilor îl constituie *extrateritorialitatea*^[1]. Potrivit art. 11 alin. (2) din Legea nr. 503/2004, procedura de redresare financiară își produce toate efectele în întreaga Uniune Europeană, în conformitate cu legislația statului român, fără alte formalități, inclusiv în ceea ce privește părți terțe din alte state membre, și chiar dacă legislația acelor state membre nu prevede astfel de măsuri de redresare financiară sau subordonează aplicarea lor unor condiții care nu sunt îndeplinite. Din reglementarea mai sus-descrișă rezultă caracterul de extrateritorialitate al acestei proceduri, constând în faptul că măsurile dispuse de către A.S.F., în temeiul legii române, se vor aplica în întreaga Uniune Europeană fără îndeplinirea altor formalități^[2].

Există și excepții de la acest principiu, în sensul că există anumite raporturi juridice expres prevăzute de legea română, care vor fi cârmuite de alte legislații decât aceasta.

Extrateritorialitatea procedurii redresării financiare se întemeiază și se explică și prin *principiul reciprocității*. Legea română prevede în mod expres, în cuprinsul art. 11 alin. (2) teza finală, că măsurile de redresare financiară adoptate în conformitate cu legislația unui stat membru se aplică în mod corespunzător pe teritoriul statului român.

2.2. Scopul redresării financiare

6. În privința *scopului* redresării financiare, trebuie avute în vedere, în principal, dispozițiile art. 5 din Legea nr. 503/2004, potrivit cărora procedura de redresare financiară implică orice intervenție a A.S.F. pentru luarea măsurilor necesare restabilirii situației financiare a societății de asigurare, în scopul prevenirii stării de insolabilitate a acesteia și evitării intrării în procedura falimentului.

De asemenea, potrivit art. 2 alin. (2) din Legea nr. 503/2004, măsurile aplicate în cadrul procedurii reglementate de această lege urmăresc protejarea intereselor legitime și a drepturilor creditorilor de asigurări.

^[1] A. Pop, Gh. Beleiu, Drept civil. Teoria generală a dreptului civil, București, 1980, p. 76 și urm.; G. Boroș, D. Rădescu, op. cit., p. 25.

^[2] Pentru soluționarea raporturilor de drept internațional privat, a se vedea I.P. Filipescu, Drept internațional privat, Ed. Actami, București, 1995, vol. I și II; D.Al. Sitaru, Drept internațional privat. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2000.

Aceeași lege, în art. 3 lit. h), definește *creditorii de asigurări* ca fiind persoanele asigurate, deținătorii de polițe de asigurare, beneficiarii ai contractelor de asigurare, precum și orice alte terțe persoane prejudiciate prin nerespectarea condițiilor de asigurare ale contractelor, ale căror creanțe nu au fost onorate de societatea de asigurare.

Coroborând textele legale mai sus-menționate, conchidem că scopul procedurii redresării financiare a asigurătorilor constă în protejarea intereselor legitime și a drepturilor creditorilor de asigurări, prin aplicarea tuturor măsurilor prevăzute de lege, în vederea restabilirii situației financiare, pentru a preveni starea de insolvabilitate a acestora și a evita deschiderea procedurii falimentului.

2.3. Conținutul redresării financiare și modalitățile de realizare

7. Procedura redresării financiare, potrivit normelor legale aplicabile în materie, cuprinde totalitatea măsurilor ce se dispun, în scopul protejării intereselor și a drepturilor creditorilor de asigurări și care privesc restabilirea situației financiare în vederea evitării deschiderii procedurii falimentului.

Aceste *măsuri* vor fi duse la îndeplinire pe două căi distincte^[1]:

a) redresarea societății de asigurare pe bază de *plan de redresare financiară*;

b) redresarea societății de asigurare *prin administrare specială* [art. 8 alin. (1) din Legea nr. 32/2000].

Fiecare dintre cele două modalități de redresare este supusă unui regim special. Modalitatea de redresare se va stabili prin decizie motivată de către A.S.F.

Reglementarea legală aplicabilă prevede posibilitatea ca, în cazul eșecului planului de redresare financiară, să se implementeze procedura administrării speciale. Însă, această măsură nu trebuie privită ca o măsură mai gravă, ci ca o sancționare a administratorului statutar. În acest sens, trebuie menționat faptul că legea nu interzice în mod expres trecerea de la procedura administrării speciale la redresarea pe bază de plan.

Cu toate acestea, lipsa prevederii exprese a acestei posibilități a dus, în anumite situații întâlnite în practică, la interpretarea în sensul imposibilității A.S.F. de a decide continuarea procedurii de redresare financiară prin trecerea de la procedura de redresare prin administrare specială la procedura de redresare pe bază de plan.

2.4. Legea aplicabilă procedurii redresării financiare

2.4.1. Aplicarea legii române

8. Când am prezentat caracterele procedurii redresării financiare, am precizat că, în aplicarea măsurilor specifice acestei proceduri, sunt incidente unele reguli ale dreptului internațional privat^[2].

În privința legii care cârmuiește procedura redresării financiare a asigurătorilor, trebuie reținut faptul că Legea nr. 503/2004 consacră *principiul aplicării legii statului*

^[1] Legislația italiană reglementează instituția comisarului de gestiune provizorie, care este un specialist desemnat de către autoritatea administrativă (I.S.V.A.P.), împuternicit să administreze societatea în dificultate. Pe durata exercitării mandatului comisarului de administrare provizorie, celelalte organe sunt suspendate, dar această procedură nu poate dura mai mult de 2 luni (S. Lonna, op. cit., p. 118).

^[2] În legătură cu particularitățile și modul de soluționare a raporturilor de drept internațional privat, a se vedea I.P. Filipescu, op. cit.; D.Al. Sitaru, op. cit., p. 272 și urm.

membru de origine, adică statul în care societatea de asigurare a fost autorizată^[1]. Acest principiu este consacrat în mod expres în art. 1 alin. (1) din Legea nr. 503/2004, potrivit căruia reglementările se aplică asigurătorilor și/sau reasigurătorilor persoane juridice române, inclusiv sucursalelor acestora cu sediul în străinătate, și în art. 11 alin. (2), care dispune că procedura de redresare financiară deschisă în conformitate cu legislația statului român își produce toate efectele în întreaga Uniune Europeană.

Există însă și *excepții* de la acest principiu, în sensul că, pentru anumite raporturi, legea aplicabilă va fi alta decât cea a statului român, deși acestea sunt născute în legătură cu o societate de asigurare persoană juridică română sau cu un dezmembrământ al acesteia. Tot astfel, există și situații în care pe teritoriul statului român nu se aplică legea română, ci legea statului membru de origine. Este vorba, evident, de raporturile specifice sucursalelor societăților persoane juridice aparținând statelor membre ale Uniunii Europene. Mai exact, redresarea financiară a sucursalelor din România, dar care aparțin societăților-mame ce au fost autorizate în vreunul dintre statele membre, se va realiza după legislația statului respectiv și nu după legea română, cu excepțiile care vor fi prezentate în continuare.

Trebuie reținut însă că doar sucursalele din România aparținând societăților autorizate în statele membre sunt exceptate de la aplicarea legii române. Sucursalele și filialele societăților de asigurare cu sediul în România, dar care sunt dezmembrăminte ale asigurătorilor din state terțe^[2] sunt supuse, în temeiul art. 1 din Legea nr. 503/2004, legislației românești.

Cu valoare de principiu, putem afirma că *legea română* guvernează procedura redresării financiare a asigurătorilor și/sau reasigurătorilor persoane juridice române, inclusiv sucursalele acestora cu sediul în străinătate, precum și a sucursalelor și filialelor societăților de asigurare din state terțe, care au sediul în România. Pe teritoriul românesc se va aplica legea statului membru de origine în ceea ce privește raporturile născute în legătură cu sucursalele aparținând asigurătorilor și/sau reasigurătorilor persoane juridice autorizate în aceste state.

2.4.2. Excepții de la aplicarea legii române

9. Situațiile în care legea română este exceptată de la aplicare sunt prevăzute în art. 9 alin. (6) din Legea nr. 503/2004. Astfel, potrivit acestui text, sunt scoase de sub incidența legii române următoarele raporturi juridice în procedura redresării financiare:

- a) contractele de muncă și relațiile de muncă, care sunt reglementate numai de legea statului membru aplicabilă contractelor/relațiilor de muncă;
- b) contractul care conferă un drept de folosință sau prin care se dobândește proprietatea asupra unui bun imobil, care este reglementat doar de legea statului membru pe al cărui teritoriu este situat acest bun;
- c) drepturile societății de asigurare privind o proprietate imobiliară, o navă sau o aeronavă, supusă înscrierii într-un registru public, care sunt reglementate doar de legea statului membru sub a cărui autoritate se ține registrul respectiv.

La cele trei categorii de raporturi se adaugă și cele privind valorile mobiliare și procesele în curs la data redresării financiare.

[1] Art. 3 lit. m) din Legea nr. 503/2004.

[2] Prin stat terț se înțelege statul care nu este membru al Uniunii Europene sau care nu aparține Spațiului Economic European [art. 3 lit. o) din Legea nr. 503/2004].

În ceea ce privește valorile mobiliare, art. 10 alin. (5) din Legea nr. 503/2004 prevede că efectele deschiderii procedurii de redresare financiară asupra drepturilor și obligațiilor participanților la o piață reglementată se află numai sub incidența legii aplicabile pieței respective. Aceasta înseamnă că tranzacțiile cu valori mobiliare ce au legătură cu redresarea financiară a asigurătorilor vor fi cârmuite exclusiv de legea aplicabilă pieței pe care se tranzacționează.

În legătură cu procesele în curs pe durata procedurii redresării financiare, art. 9 alin. (2) din Legea nr. 503/2004 stipulează că efectele procedurii de redresare financiară asupra unui proces civil în curs privind un bun sau un drept de care a fost depozitată societatea de asigurare sunt reglementate de legea statului membru în care procesul este în curs. Norma legală face referire doar la procesele civile, însă considerăm că vor urma aceeași soartă și litigiile de natură comercială^[1], deoarece nu există niciun motiv ca acestea din urmă să fie supuse unui alt regim decât cel al statului în care exista *pendente lite*. Cu toate acestea, se poate afirma că legiuitorul are în vedere procesele promovate de către asigurător, deoarece face referire la un bun sau un drept de care a fost depozitată societatea; deci, se vor aplica regulile statului procesului în curs doar când asigurătorul are calitatea de reclamant. *Per a contrario*, atunci când asigurătorul are calitatea de pârât, procesul va fi cârmuit de normele statului membru de origine.

2.5. Măsurile specifice redresării financiare

10. Autoritatea de Supraveghere poate dispune o serie de *măsur*i, prin decizie motivată, care să conducă la restabilirea situației financiare și evitarea falimentului asigurătorilor. Măsurile care pot fi dispuse de A.S.F. și care alcătuiesc conținutul procedurii de redresare sunt enumerate în art. 8 alin. (3) și (4) din Legea nr. 503/2004:

a) limitarea volumului de prime brute sau nete subscrise, pe o perioadă cuprinsă între 3 luni și un an, astfel încât acestea să nu depășească valorile stabilite prin decizia de deschidere a procedurii de redresare;

b) interzicerea reînnoirii contractelor de asigurare ajunse la scadență sau, după caz, doar a unor tipuri de contracte de asigurare, expres stabilite prin decizia de redresare financiară;

c) interzicerea subscrierii unor noi contracte de asigurare și a încasării primelor aferente, pe perioadă expres stabilită prin decizia de redresare financiară;

d) efectuarea de către societatea de asigurare a transferului portofoliului de asigurări, în tot sau în parte, în condițiile și cu respectarea prevederilor legale în vigoare în materie; în cazul dispunerii acestei măsuri, societatea de asigurare va efectua operațiunile privind transferul de portofoliu în regim de urgență, fără ca durata totală a operațiunilor să poată depăși 60 de zile de la data luării măsurii;

e) obligarea administratorilor societății de asigurare de a convoca de îndată o adunare generală extraordinară, cu propunerea efectuării operațiunii de majorare a capitalului social sau, după caz, a fondului de rezervă liberă vărsat; termenul de întrunire nu va putea fi mai mare de 5 zile de la data convocării, iar efectuarea operațiunilor de majorare a capitalului social nu va putea depăși 30 de zile lucrătoare de la data primirii deciziei de deschidere a procedurii de redresare financiară;

f) interzicerea efectuării de către societatea de asigurare a anumitor investiții;

[1] Aceste considerente sunt cu atât mai corecte în condițiile unificării dreptului privat.

g) restrângerea rețelei teritoriale a societății de asigurare prin desființarea, în condițiile legii, a anumitor filiale și sucursale, puncte de lucru și/sau a altor sedii secundare ale societății de asigurare, precum și/sau înlocuirea persoanelor semnificative cu privire la care s-a stabilit responsabilitatea pentru ajungerea societății în procedura de redresare financiară;

h) verificarea, inventarierea și instrumentarea, după caz, a dosarelor de daună, înregistrate în evidențele societății de asigurare, în vederea evaluării daunelor reale și a stabilirii obligațiilor de plată față de creditorii de asigurări; activitatea de verificare, inventariere și instrumentare a dosarelor se va face în regim de urgență, fără a se putea depăși un termen de 30 de zile de la data primirii deciziei de deschidere a procedurii de redresare financiară;

i) luarea unor măsuri cu privire la bunurile și/sau activele societății de asigurare, constând în inventarierea lor de către aceasta și conservarea pe toată perioada procedurii de redresare financiară; răspunderea pentru neaplicarea sau pentru aplicarea necorespunzătoare a acestor măsuri dispuse de A.S.F. aparține persoanelor semnificative ale societății de asigurare;

j) numirea uneia sau mai multor persoane care să supravegheze modul de întocmire și de respectare a planului de redresare financiară;

k) orice alte măsuri prudențiale necesare restabilirii situației financiare a societății de asigurare, în vederea garantării protejării drepturilor și intereselor legitime ale creditorilor de asigurări.

Măsurile de mai sus, care pot fi dispuse de către A.S.F., reprezintă, în fapt, măsuri în scopul diminuării riscului de a acumula cheltuieli suplimentare ulterior începerii perioadei de redresare financiară, prin reducerea volumului activității de asigurare desfășurată. Posibilitatea dispunerii acestor măsuri permite A.S.F. să controleze volumul de polițe de asigurare nou încheiate, pentru prevenirea creșterii rezervelor de asigurare, în vederea corelării dimensiunii activității cu valoarea activelor existente în patrimoniul companiei, admise pentru a acoperi rezervele tehnice.

În aplicarea acestor măsuri, A.S.F. acționează în principal în virtutea rolului său de preservare a intereselor asiguraților. În ceea ce privește scopul societății de asigurare de a-și continua activitatea și de a evita intrarea în faliment, acest scop poate fi atins prin propunerea și ducerea la îndeplinire a unui plan de redresare, construit astfel încât să respecte limitările impuse prin măsurile de redresare dispuse.

Prin reducerea termenelor și introducerea unor proceduri accelerate, prevederile de mai sus fac excepție de la dispozițiile legislației generale aplicabile, în sensul că *nu se aplică societăților de asigurare listate pe piața de capital*, cărora, în forma actuală a legii, li se aplică reglementările generale și cele ale pieței de capital. Acest aspect poate crea dificultăți în implementarea cu celeritate a măsurilor de redresare vizate ca necesare de către A.S.F.

Mai mult, în perioada de redresare, conform prevederilor legale incidente în materia reglementării activității Fondului de Garantare a Asiguraților, acesta nu susține acoperirea creanțelor asiguraților, fapt ce poate duce la insuccesul unui plan de redresare.

Astfel, pe fondul lipsei susținerii din partea Fondului de garantare, în situația imposibilității acționarilor de a susține un plan de redresare, companiile trec în următoarea fază procedurală, respectiv la faliment, dată de la care Fondul de garantare va susține acoperirea creanțelor asiguraților în totalitate, Fondul urmând să se îndestuleze pentru sumele plătite pentru acoperirea creanțelor asiguraților proporțional cu disponibilitățile

existente la dispoziția creditorilor chirografari, cu respectarea ordinii de prioritate prevăzute în Codul insolvenței.

§3. Redresarea societăților de asigurare pe bază de plan de redresare financiară

3.1. Noțiuni introductive

11. Am arătat, mai sus, că redresarea societăților de asigurare se poate realiza fie pe bază de plan de redresare financiară, fie pe calea administrării speciale.

Legea nr. 503/2004 reglementează în art. 7 situațiile în care un asigurător intră în procedura de redresare financiară, dar nu prevede și cazurile pentru care A.S.F. poate institui una dintre cele două proceduri, între care legea nu instituie o anumită ierarhie. În atare situație, analizând conținutul celor două modalități de redresare, apreciem că *redresarea financiară pe bază de plan* se poate dispune, cu valoare de principiu, în împrejurarea în care situația financiară, deși precară, *poate fi restabilită prin eforturile propriilor organe de conducere*^[1]. Alternativ sau în situația în care planul de redresare propus de conducerea statuară a societății de asigurare a fost respins de către A.S.F., procedura de redresare va putea fi desfășurată sub conducerea unui administrator special, în temeiul prevederilor art. 16-19 din lege.

3.2. Planul de redresare financiară

12. Legea nr. 503/2004 prevede în cuprinsul art. 12 că, în cazul în care A.S.F. dispune redresarea financiară pe bază de plan, consiliul de administrație, sau, după caz, administratorul unic sau, potrivit modificărilor aduse Legii nr. 31/1990 prin Legea nr. 441/2006, membrii directoratului societății sunt obligați să întocmească un plan de redresare financiară.

Planul de redresare financiară trebuie depus la A.S.F., pentru analiză, în termen de cel mult 20 de zile de la data comunicării către societate a deciziei de deschidere a procedurii de redresare pe bază de plan.

3.2.1. Conținutul planului

13. Mențiunile obligatorii ale planului de redresare financiară sunt reglementate în art. 12 alin. (2) și (3), care dispune că acesta va cuprinde, în mod obligatoriu, perspectivele de redresare financiară a societății, precum și modalitățile concrete și termenele de îndeplinire a măsurilor și dispozițiilor stabilite prin decizia de redresare financiară emisă de A.S.F.

Planul va include, de asemenea, pentru următorii 3 ani financiari, cel puțin următoarele informații:

- a) estimări ale cheltuielilor de achiziție și de administrare;
- b) bugetul de venituri și cheltuieli aferent activității de asigurare directă, a acceptărilor și cedărilor în reasigurare;
- c) bugete anuale;

^[1] Desigur că această modalitate concretă de realizare a redresării societăților de asigurare presupune elaborarea unui plan de către societate și stăruirea în convingerea A.S.F. de reușita acestuia.

- d) o estimare a resurselor financiare cu care se intenționează să se acopere obligațiile asumate, luate în calcul pentru determinarea marjei de solvabilitate minimă;
- e) programe de reasigurare;
- f) programul de plată a datoriilor.

În practică, în cele mai multe situații, majorarea nivelului marjei de solvabilitate este în directă corelație cu o nevoie de majorare de capital, ceea ce implică pentru conducerea societății de asigurare, în vederea aducerii la îndeplinire a măsurilor propuse, necesitatea aprobării și colaborării acționarilor care, pe parcursul perioadei de redresare pe bază de plan, au toate drepturile conservate.

3.2.2. Aprobarea planului

14. Potrivit legii, în urma analizării planului de redresare financiară, A.S.F. poate decide, după caz: aprobarea planului, completarea sau modificarea lui ori respingerea acestuia.

În cazul în care A.S.F. aprobă planul de redresare financiară, *decizia de aprobare* se comunică asigurătorului în cauză. De la data comunicării deciziei, asigurătorul supus redresării este obligat să îndeplinească în mod corespunzător măsurile cuprinse în plan, la termenele și în condițiile prevăzute, astfel cum acestea au fost dispuse și aprobate de A.S.F.

O obligație specială a societății de asigurare este aceea de *încunoștințare* a tuturor creditorilor de asigurări cunoscuți, în termen de cel mult 5 zile de la data primirii deciziei de instituire a procedurii, cu privire la măsurile și dispozițiile stabilite de A.S.F.

Normele din domeniul asigurărilor nu reglementează condițiile aprobării sau respingerii planului de redresare financiară și nici durata procedurii, motiv pentru care socotim necesare reglementări în acest sens.

3.2.3. Respingerea planului

15. În urma analizei planului de redresare financiară, Autoritatea de Supraveghere poate ajunge la concluzia că societatea nu se poate redresa pe baza planului întocmit. Ca efect al *respingerii planului de redresare financiară*, A.S.F. poate dispune una dintre următoarele *măsuri*:

- a) obligarea societății de asigurare la elaborarea unui program de finanțare în regim de urgență;

- b) redresarea societății prin administrare specială și desemnarea unui administrator special;

- c) închiderea procedurii de redresare financiară. Când A.S.F. decide închiderea procedurii de redresare financiară, aceasta este obligată să retragă autorizația de funcționare a societății de asigurare și, în situația constatării stării de insolvabilitate a acesteia, trebuie să ceară tribunalului deschiderea de îndată a procedurii falimentului^[1].

^[1] Societățile de asigurare nu intră în procedura de reorganizare judiciară ca debitorii din dreptul comun al insolvenței, ci atunci când măsurile de redresare financiară eșuează, se deschide direct procedura falimentului.

§4. Redresarea societăților de asigurare prin administrare specială

4.1. Noțiuni introductive

16. A.S.F. poate dispune redresarea societăților de asigurare prin *administrare specială* fie în situația în care nu s-a reușit redresarea acestora pe bază de plan, fie în situația în care o astfel de procedură nu a fost dispusă de către autoritatea financiară. Cu alte cuvinte, se poate institui redresarea prin administrare specială fără ca societatea de asigurare să fi fost supusă redresării pe bază de plan.

Redresarea prin administrare specială diferă, în principal, de redresarea pe bază de plan prin faptul că presupune numirea unui administrator special, care va conduce întreaga activitate a societății, concomitent cu suspendarea, pe întreaga perioadă de redresare sub administrare specială, a atribuțiilor organelor de conducere și de execuție ale asiguratorului^[1]. De asemenea, unele drepturi ale acționarilor cu privire la numirea organelor de conducere și de stabilire a retribuției acestora vor fi și ele suspendate, în temeiul prevederilor art. 18 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 503/2004.

4.2. Administratorul special

17. În conformitate cu art. 16 din Legea nr. 503/2004, în situația în care A.S.F. decide redresarea financiară pe calea administrării speciale, aceasta are obligația desemnării unei persoane în calitate de *administrator special*, care poate fi o persoană fizică sau o persoană juridică, conform prevederilor art. 3 lit. f) din lege, și care este însărcinată cu aplicarea măsurilor administrative de redresare financiară a societății de asigurare. Ordinul nr. 3122/2005 pentru aprobarea Normelor privind drepturile, obligațiile și competențele administratorului special^[2] stabilește, în sarcina A.S.F., obligația desemnării acestuia. Alegerea unei persoane fizice sau a uneia juridice depinde de complexitatea și anvergura afacerilor desfășurate de societatea de asigurare aflată în dificultate. Această apreciere este confirmată și de practica în curs de constituire.

Datorită condițiilor speciale în care se află societate, a pentru a se încredința calitatea de administrator special unei persoane fizice, aceasta trebuie să fie specializată în managementul societăților de asigurare sau a instituțiilor de credit. Nu este exclusă, însă, posibilitatea numirii administratorului special din rândul specialiștilor de care dispune A.S.F.

4.3. Efectele instituirii administrării speciale

18. Instituirea redresării financiare pe calea administrării speciale generează unele modificări esențiale în ceea ce privește funcționarea asiguratorului supus redresării.

Astfel, potrivit art. 18 din Legea nr. 503/2004, din momentul desemnării administratorului special *se suspendă atribuțiile legale ale acționarilor semnificativi*, privind distribuirea de dividende, numirea administratorilor și fixarea retribuției acestora, precum și toate atribuțiile persoanelor semnificative ale societăților de asigurare. Legea prevede că aceste atribuții se transferă administratorului special pe toată durata administrării speciale^[3]. În practică, pe durata desfășurării procedurii de redresare financiară sub ad-

^[1] A se vedea și S. Lanna, op. cit., p. 118.

^[2] M. Of. nr. 866 din 26 septembrie 2005.

^[3] Potrivit art. 17 alin. (2) din Legea nr. 503/2004, drepturile, obligațiile și competențele administratorului special urmează să se stabilească prin norme ale A.S.F. Considerăm că vor trebui reglementate și aspecte

ministrare specială, aceste teme nu pot face obiectul ordinii de zi a adunărilor generale ale acționarilor.

Textul Legii nr. 503/2004 poate da impresia că administratorul special va fi cel care va lua hotărârile specifice adunării generale a acționarilor, dar, în realitate, art. 18 lit. a) vorbește despre suspendarea „atribuțiilor legale ale acționarilor semnificativi”, concept neacoperit de prevederile legale. Atunci când legea vrea să clarifice aspectele legate de drepturile de vot ale acționarilor, face referire expres, în art. 18 lit. b), la suspendarea dreptului de vot cu privire la distribuirea de dividende și la numirea organelor de conducere și stabilirea remunerației acestora. Ceea ce înseamnă că acționarilor, inclusiv celor semnificativi, li se conservă dreptul la vot cu privire la toate celelalte aspecte aflate în controlul adunării generale a acționarilor. Administratorul special va exercita, însă, toate atribuțiile administratorilor și directorilor societății.

În cazul *societăților listate pe o piață reglementată*, potrivit prevederilor art. 10 alin. (5) din Legea nr. 503/2004, de la data deschiderii procedurii de redresare financiară, legea aplicabilă este legea pieței respective.

Legiuitorul distinge procedura aplicabilă acțiunilor privind nulitatea, anularea și/sau inopozabilitatea, reglementate de legea statului membru de origine, în sensul ca acestea nu sunt împiedicate de regula incidenței legii aplicabile pieței reglementate.

4.4. Atribuțiile administratorului special

19. Principalele *atribuții ale administratorului special* au fost reglementate prin art. 3 din Normele aprobate de Ordinul nr. 3122/2005 și sunt următoarele:

a) îndeplinirea măsurilor și/sau a dispozițiilor A.S.F., la termenele și în condițiile prevăzute în decizia de redresare financiară;

b) examinarea activității societății de asigurare și întocmirea unui raport amănunțit cu privire la situația financiară a acesteia, cu precizarea inclusiv a cauzelor care au condus la deschiderea procedurii de redresare financiară și menționarea persoanelor a căror activitate este imputabilă în acest sens. Raportul va preciza, de asemenea, măsurile întreprinse de administratorul special, precum și posibilitățile reale și operative de redresare financiară a societății de asigurare sau, după caz, motivele care împiedică atingerea scopului acestei proceduri. Raportul se întocmește și se transmite A.S.F. în termen de cel mult 10 zile lucrătoare de la data desemnării administratorului special. La cererea administratorului special, pentru motive temeinice, durata de întocmire și de prezentare a raportului poate fi prelungită de A.S.F. cu cel mult 15 zile lucrătoare. Un exemplar al raportului se comunică, după caz, și administratorului Fondului de garantare;

c) ducerea la îndeplinire a demersurilor necesare pentru efectuarea unei majorări/infuzii de capital, în vederea redresării financiare a societății de asigurare;

d) conducerea activității societății de asigurare, cu supravegherea și controlul inclusiv al condițiilor de efectuare a plăților din/în conturile societății de asigurare;

e) întocmirea și transmiterea către A.S.F., precum și către administratorul Fondului de garantare, după caz, a unor rapoarte lunare privind stadiul procedurii de redresare financiară; rapoartele se transmit cel mai târziu în ultima zi a lunii pentru care se face raportarea;

precum: condițiile pe care trebuie să le îndeplinească administratorul special, durata administrării speciale, consecințele încălcării dispozițiilor legale sau a nesocotirii măsurilor dispuse de A.S.F. etc.

f) îndeplinirea oricăror alte dispoziții ale A.S.F. și/sau ale administratorului Fondului de garantare, după caz, necesare asigurării apărării drepturilor și intereselor legitime ale asiguraților.

§5. Închiderea procedurii de redresare financiară

5.1. Cazurile de închidere a procedurii

20. Legislația din materia asigurărilor reglementează două cazuri care conduc la *închiderea procedurii de redresare financiară*:

- un prim caz este atunci când se constată restabilirea situației financiare ca urmare a îndeplinirii în mod corespunzător a modalității și a măsurilor de redresare financiară dispuse. Astfel, dacă asiguraătorul reușește să se redreseze financiar, A.S.F. revocă decizia prin care s-a dispus redresarea financiară și, de asemenea, revocă administratorul special desemnat în condițiile legii. Principalul obiectiv îl constituie revigorarea marjei de solvabilitate și a fondului minim de siguranță;

- procedura redresării financiare încetează și în cazul în care măsurile dispuse de către A.S.F. nu au fost îndeplinite în mod corespunzător sau aplicarea acestora nu a făcut posibilă restabilirea situației patrimoniale a societății^[1]. În acest din urmă caz, A.S.F. este obligată să retragă autorizația de funcționare a asiguraătorului și, dacă se constată insolabilitatea acestuia, trebuie să solicite, de îndată, deschiderea procedurii falimentului.

5.2. Publicitatea deciziei de închidere a procedurii

21. Legea obligă A.S.F. ca, în situația în care decide închiderea procedurii de redresare financiară, această măsură să fie adusă la cunoștința terților.

Coroborând dispozițiile art. 21 alin. (3) cu cele ale art. 9 alin. (1) din Legea nr. 503/2004, A.S.F. este obligată să *publice decizia de închidere a procedurii de redresare financiară* în Monitorul Oficial al României și în două ziare de circulație națională.

Închiderea procedurii redresării financiare și retragerea autorizației de funcționare ca urmare a constatării insolabilității societății de asigurare produce efectul nașterii *dreptului creditorilor de asigurări de a solicita plata sumelor cuvenite de la Fondul de garantare*. Prin urmare, creditorii de asigurări nu trebuie să aștepte deschiderea procedurii falimentului de către tribunal pentru a-și satisface creanțele.

5.3. Plata creanțelor de asigurări

22. Spre deosebire de satisfacerea creanțelor în cadrul procedurii dreptului comun, Legea nr. 503/2004 stabilește unele *reguli speciale privind plata creanțelor* creditorilor de asigurări.

Sediul materiei îl constituie art. 23-27 din Legea nr. 503/2004.

Astfel, potrivit art. 23 din lege, în termen de 10 zile de la data publicării deciziei de închidere a procedurii de redresare financiară, societatea de asigurare aflată în stare de insolabilitate este obligată să predea administratorului Fondului de garantare evidența completă a dosarelor de daună, precum și evidențele tehnico-operative și contabile afe-

^[1] Normele emise în aplicarea Legii nr. 503/2004 au în vedere crearea marjei de solvabilitate necesară asiguraătorului în cauză.

rente acestor dosare, în vederea publicării listei potențialilor creditori de asigurări, beneficiari ai sumelor cuvenite de la Fondul de garantare. Răspunderea pentru neîndeplinirea sau îndeplinirea necorespunzătoare a obligației revine persoanelor semnificative ale societății de asigurare.

În același termen de 10 zile, administratorul Fondului de garantare desemnează o *comisie specială*, formată din propriii specialiști, cu următoarea componență: a) 2 membri din partea conducerii, dintre care unul are calitatea de președinte al comisiei; b) conducătorul departamentului financiar sau înlocuitorul legal al acestuia, după caz; c) 2 reprezentanți ai direcției tehnice, cu experiență în materie de lichidare de daune; d) 2 reprezentanți ai direcției generale juridice, cu experiență de cel puțin 3 ani în domeniul juridic.

Comisia special constituită în condițiile de mai sus este obligată să publice *lista creditorilor de asigurări* ale căror creanțe certe, lichide și exigibile au rezultat din evidențele transmise de societatea de asigurare.

În termen de 60 de zile de la publicarea listei creditorilor de asigurări, orice persoană care nu figurează în lista creditorilor și care pretinde vreun *drept de creanță de asigurări* împotriva societății de asigurare poate formula, sub sancțiunea decăderii din drept, o *cerere* motivată în acest sens, adresată administratorului Fondului de garantare.

Această cerere se formulează în scris de către fiecare pretins creditor și se depune la sediul administratorului Fondului de garantare, prin intermediul serviciilor de poștă, recomandat, cu confirmare de primire, anexând documentele și înscrisurile pe care își întemeiază pretenția. Dacă creditorul nu posedă documentația necesară, este obligat să precizeze în cerere motivul imposibilității depunerii acesteia. Cererile creditorilor trebuie să cuprindă următoarele mențiuni: natura creanței, momentul nașterii sale și valoarea certă sau estimată a acesteia, dacă se revendică vreun privilegiu ori o garanție reală în ceea ce privește creanța, precum și care sunt riscurile acoperite de asigurarea lor.

După primirea fiecărei cereri în condițiile mai sus-arătate, comisia special constituită înregistrează și analizează întreaga documentație aferentă cererii. Pe baza propunerilor comisiei, administratorul Fondului de garantare va emite o decizie de aprobare sau, după caz, de respingere a cuantumului sumelor pretinse de la Fondul de garantare. Împotriva deciziei se poate formula plângere, în condițiile prevăzute de art. 19 din Legea nr. 503/2004.

După expirarea termenului de 60 de zile, Autoritatea va publica *lista creditorilor de asigurări acceptați la plata sumelor cuvenite de la Fondul de garantare*. Pentru creditorii acceptați la plată prin hotărâre judecătorească, publicarea se va face, pentru fiecare caz, după ce această hotărâre a rămas definitivă.

23. Legea are în vedere și situațiile în care *creanțele se nasc după închiderea procedurii redresării financiare, dar anterior pronunțării hotărârii de faliment*. În acest sens, art. 25 prevede că, în cazul în care, după expirarea termenului pentru depunerea creanțelor, o persoană invocă vreun drept de creanță împotriva societății de asigurare debitoare ca urmare a producerii ulterioare, dar nu mai târziu de data pronunțării hotărârii de faliment, a unor riscuri acoperite printr-o poliță de asigurare în vigoare la data închiderii procedurii de redresare financiară, aceasta poate formula, sub sancțiunea decăderii, o cerere, în termen de cel mult 30 de zile de la data producerii riscului asigurat.

În cazul contractelor de asigurare privind răspunderea civilă obligatorie pentru pagube produse terților prin accidente de autovehicule, în situația în care portofoliul acestor contracte nu a fost transferat până la data închiderii procedurii de redresare financiară, A.S.F. dispune toate măsurile necesare informării asiguraților atât cu privire

la obligația acestora de a denunța, în termen de cel mult 90 de zile de la data deschiderii procedurii falimentului, contractele de asigurare încheiate cu societatea debitoare, cât și cu privire la dreptul acestora de recuperare a primelor de asigurare aferente, pentru perioada cuprinsă între momentul denunțării contractului de asigurare și cel al expirării duratei de valabilitate a acestuia.

În cazul producerii riscurilor acoperite prin contractele prevăzute mai sus între momentul deschiderii procedurii falimentului și cel al rezilierii acestora, dar nu mai târziu de 90 de zile de la data pronunțării hotărârii de faliment, A.S.F. nominalizează o societate de asigurare, dintre cele autorizate să practice asigurări de răspundere civilă obligatorie, în vederea constatării și evaluării daunelor. Sumele cuvenite asiguraților, stabilite de societatea de asigurare și acceptate la plată de comisia special constituită, se plătesc din resursele Fondului de garantare^[1], în condițiile și cu respectarea prevederilor Legii nr. 503/2004 și ale normelor emise de autoritatea de supraveghere în aplicarea acesteia.

Comisia special constituită poate solicita completarea documentației, precum și/sau precizarea ori furnizarea de informații suplimentare cu privire la cererea creditorului de asigurări, ori de câte ori consideră necesar. Informațiile solicitate trebuie transmise comisiei, sub sancțiunea respingerii cererii, în termen de cel mult 10 zile de la data primirii solicitării acesteia.

5.4. Subrogarea Fondului de garantare în drepturile creditorilor

24. Potrivit art. 27 din Legea nr. 503/2004, administratorul Fondului de garantare se *subrogă* în toate drepturile creditorilor de asigurări pentru sumele egale cu plățile pe care le-a efectuat din disponibilitățile fondului respectiv.

Dacă s-au făcut plăți în condițiile de mai sus, administratorul Fondului de garantare este îndreptățit să înregistreze și să recupereze, în cadrul procedurii falimentului societății de asigurare debitoare, toate sumele achitate creditorilor, pe măsura plăților efectuate, ca urmare a producerii riscurilor asigurate după momentul deschiderii procedurii de faliment.

Secțiunea a 4-a. Corelația între atribuțiile B.N.R. și atribuțiile A.S.F. în procedura de restructurare prin administrare specială

25. Atribuțiile B.N.R. pentru perioada în care instituția de credit se află în procedura de restructurare sunt reglementate în cuprinsul O.U.G. nr. 99/2006 privind instituțiile de credit și adecvarea capitalului, iar cele ale A.S.F. se regăsesc în cuprinsul Legii nr. 503/2004, corelată cu dispozițiile Ordinului nr. 3122/2005 pentru aprobarea Normelor privind drepturile, obligațiile și competențele administratorului special.

Astfel, potrivit prevederilor art. 4 și, respectiv, art. 4¹ din O.U.G. nr. 99/2006, B.N.R. este autoritatea competentă cu privire la reglementarea, autorizarea, supravegherea prudențială și rezoluția instituțiilor de credit, iar A.S.F. este autoritatea competentă cu

^[1] Fondul de garantare a creanțelor de asigurări este diferit de fondul de garantare din domeniul bancar reglementat de O.G. nr. 39/1996 privind înființarea și funcționarea Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar (repubblicată în M. Of. nr. 587 din 19 august 2010), deoarece acesta din urmă are o limită de garantare în prezent de echivalentul în lei a 100.000 euro, pe când cel dintâi este nelimitat; creanțele din asigurări sunt acoperite în integralitate indiferent că sunt solicitate de către asigurat, moștenitorii asiguratului, beneficiarul asigurării sau terțul păgubit.

privire la reglementarea și supravegherea prudențială a societăților de servicii de investiții financiare.

În cazul în care, în temeiul prevederilor O.U.G. nr. 99/2006, B.N.R. hotărăște instituirea *administrării speciale asupra unei instituții de credit*, persoană juridică română, aceasta va avea și dreptul ca, în măsura în care consideră că este necesar, să retragă aprobările acordate persoanelor care exercită responsabilități de administrare și/sau de conducere în instituția de credit și să desemneze una sau mai multe persoane fizice ori o persoană juridică pentru exercitarea atribuțiilor administratorului special.

Această persoană juridică poate fi chiar Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar.

Trebuie menționat faptul că, în conformitate cu prevederile legale aplicabile, pentru facilitarea implementării unei măsuri de restructurare constând în operațiuni care implică transferul de depozite garantate, pot fi utilizate resursele administrate de Fondul de garantare a depozitelor în sistemul bancar pentru finanțarea operațiunii, inclusiv prin emiterea de garanții.

Finanțarea este propusă de administratorul special și se solicită Fondului de garantare a depozitelor în sistemul bancar tot de către administratorul special, pe baza aprobării B.N.R.

Ca regula, în cazul redresării activității instituțiilor de credit, administrarea specială se instituie pe o perioadă de 4 luni de la data emiterii hotărârii B.N.R., cu excepția cazului în care prin hotărâre se stabilește o perioadă mai scurtă. Această perioadă poate fi prelungită de către B.N.R., dacă o astfel de prelungire este necesară pentru finalizarea măsurilor de restructurare a instituției de credit.

O.U.G. nr. 99/2006 stabilește, în cuprinsul art. 240¹⁵, faptul că administratorul special va prezenta B.N.R. un raport, în termen de maxim două luni de la numire, în care va înfățișa măsurile de restructurare, evaluarea perspectivelor de redresare sau, după caz, necesitatea inițierii a procedurii falimentului și recomandările sale.

Prin comparație, în temeiul prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea nr. 503/2004, în cazul redresării societăților de asigurare/reasigurare prin administrare specială, A.S.F. este cea care desemnează o persoană în calitate de administrator special.

Normele din 21 septembrie 2005 privind drepturile, obligațiile și competențele administratorului special stabilesc faptul că, de la data desemnării administratorului special, se suspendă atribuțiile acționarilor semnificativi și ale persoanelor semnificative ale societății de asigurare, acestea transferându-se administratorului special.

De asemenea, de la aceeași dată se mai suspendă și activitatea, atribuțiile și competențele consiliului de administrație/administratorului societății de asigurare, dreptul acestora la remunerație, exercitarea dreptului de vot al acționarilor în privința numirii și/sau a revocării consiliului de administrație/administratorului societății de asigurare, precum și dreptul acționarilor la dividende.

Dispozițiile art. 2 alin. (3) din Normele din 21 septembrie 2005 stabilesc faptul că, începând cu data desemnării, administratorul special preia integral atribuțiile consiliului de administrație/administratorului societății de asigurare.

Astfel, administratorul special este cel abilitat să ducă la îndeplinire dispoziții ale A.S.F. și/sau ale administratorului Fondului de garantare, după caz, necesare asigurării apărării drepturilor și intereselor legitime ale asiguraților.

În ambele situații, ca urmare a depunerii rapoartelor de către administratorii speciali numiți, instituțiile abilitate, adică B.N.R. sau, după caz, A.S.F. sunt obligate să decidă cu privire la continuarea sau nu a restructurării prin administrare specială.

Astfel, conform art. 240¹⁶ din O.U.G. nr. 99/2006, în termen de 15 zile de la primirea raportului, B.N.R. va decide cu privire la oportunitatea și perioada menținerii administrării speciale, la aprobarea sau respingerea planului propus, sau după caz, dacă va considera că nu sunt condiții favorabile pentru redresarea instituției de credit, astfel încât aceasta să fie în măsură să îndeplinească cerințele prudențiale prevăzute de lege și de reglementările emise în aplicarea acesteia, B.N.R. poate decide fie implementarea măsurilor de restructurare, fie retragerea autorizației instituției de credit și sesizarea instanței competente pentru deschiderea procedurii falimentului sau, după caz, dizolvarea și lichidarea instituției de credit.

În acord cu prevederile art. 7 din Normele din 21 septembrie 2005, în cazul în care, în urma analizării rapoartelor administratorului special, se constată că nu sunt întrunite condițiile pentru restabilirea sau pentru menținerea situației financiare a societății de asigurare, A.S.F. dispune închiderea procedurii de redresare financiară și retragerea autorizației de funcționare a acesteia. Acest lucru presupune constatarea stării de insolabilitate a societății de asigurare conform prevederilor art. 3 lit. j) pct. 3 din Legea nr. 503/2004 și, pe cale de consecință, dispunerea, prin decizie motivată, închiderii procedurii de redresare financiară, retragerea autorizației de funcționare a societății de asigurare, precum și înregistrarea cererii de deschidere a falimentului.

Raportat la prevederile amintite, se impune analiza posibilității B.N.R./a A.S.F. de a dispune, odată ce constată, în cursul procedurii de administrare specială, îndeplinirea în mod corespunzător și suficient a măsurilor aplicate în cadrul procedurii de redresare financiară prin administrare specială, întoarcerea la procedura mai puțin gravă a redresării pe bază de plan de redresare financiară.

Practic, întrebarea care se ridică este: au B.N.R. și A.S.F., în vreun moment, posibilitatea de a reveni asupra deciziei de instituire a administrării speciale, în sensul *înlocuirii acesteia cu măsura redresării pe bază de plan de redresare financiară/a supravegherii speciale*?

În conformitate cu dispozițiile Legii nr. 503/2004, deciziile A.S.F. privind inițierea redresării pe bază de plan de redresare financiară, deschiderea procedurii de redresare financiară prin administrare specială sau închiderea procedurii de redresare financiară cu consecința, în situația constatării existenței stării de insolvență a societății de asigurare/reasigurare, a înaintării cererii de deschidere a procedurii falimentului, pot fi atacate prin contestație, în termen de 10 zile de la data comunicării. Hotărârea de soluționare a contestației poate fi, mai departe, atacată cu apel.

Cu toate acestea, în cuprinsul legii, nu se conferă A.S.F. posibilitatea de a reveni, din proprie inițiativă și pentru motive temeinice, asupra deciziei luate.

De lege ferenda, s-ar impune prevederea acestei posibilități pentru A.S.F. în cazul în care exista motive temeinice. Motivele temeinice ar putea fi interpretate în sensul redresării financiare parțiale, atât cât să permită îndeplinirea condițiilor necesare pentru realizarea procedurii de redresare financiară pe bază de plan.

Similar, în cuprinsul O.U.G. nr. 99/2006 se prevede că B.N.R. poate dispune fie instituirea măsurii de supraveghere specială asupra unei instituții de credit, persoană juridică română, fie instituirea măsurii de administrare specială și, atunci când măsura de supraveghere sau administrare specială nu a avut efectele scontate, să dispună deschiderea

procedurii falimentului sau, după caz, retragerea autorizației urmată de dizolvarea și lichidarea instituției de credit.

Articolul 275 din O.U.G. nr. 99/2006 stabilește că actele adoptate de B.N.R. conform dispozițiilor ordonanței pot fi contestate, în termen de 15 zile de la comunicare, la consiliul de administrație al B.N.R., hotărârea consiliului putând fi, la rândul ei, atacată la Înalta Curte de Casație și Justiție, B.N.R. fiind singura autoritate în măsură să se pronunțe asupra considerentelor de oportunitate, a evaluărilor și analizelor calitative care stau la baza emiterii actelor sale.

Cu toate acestea, nici în cazul O.U.G. nr. 99/2006 nu se conferă B.N.R. posibilitatea de a trece de la măsura mai gravă a administrării speciale la cea mai puțin gravă a supravegherii speciale, singura variantă prevăzută fiind cea din art. 240¹⁹ prin care B.N.R., dacă constată pe baza rapoartelor administratorului special că instituția de credit față de care s-a instituit administrarea specială s-a redresat din punct de vedere financiar și se încadrează în cerințele prudențiale stabilite de ordonanța de urgență și de reglementările aplicabile, va hotărî încetarea administrării speciale cu reluarea activității instituției de credit sub controlul organelor sale statutare.

Secțiunea a 5-a. Falimentul societăților de asigurare/reasigurare

§1. Dispoziții generale aplicabile

26. Sistematizarea materiei adoptată de către Codul insolvenței a impus realizarea unei corelații între dispozițiile comune, care se aplică tuturor tipurilor de debitori, și cele cu caracter special. De aceea, art. 242 care deschide Capitolul IV „Dispoziții privind falimentul societăților de asigurare/reasigurare” al Titlului II „Procedura insolvenței” dispune că prevederile Capitolului I „Dispoziții comune”, sunt aplicabile și în cazul falimentului societăților de asigurare/reasigurare cu două excepții: cele referitoare la planul de reorganizare din dreptul comun (Secțiunea a 6-a), care sunt înlocuite de instituția redresării, prezentată anterior, și cele care derogă datorită specificului derivat din particularitățile activității de asigurare/reasigurare și care urmează a fi enumerate/prezentate în acest Capitol IV al Titlului II din Codul insolvenței.

Dispozițiile generale derogatorii, grupate la art. 242-244 din cod, care stabilesc relația cu dreptul comun special, precizează și *subiecții procedurii falimentului*, care sunt societățile de drept român constituite conform Legii nr. 32/2000, inclusiv sucursalele din străinătate ale acestora, precum și sucursalele și filialele cu sediul în România ale unor societăți de asigurare/reasigurare constituite/inregistrate în state terțe.

Dreptul european impune *exceptarea* de la dispozițiile legii române a sucursalei unei societăți de profil/a unei societăți mutuale care deține o autorizare de la autoritatea competentă de supraveghere dintr-un alt stat membru; această dispoziție constituie reflectarea „în oglindă” a celei care extinde aplicarea legii române la sucursalele din străinătate ale societăților române de asigurare/reasigurare.

Legea precizează la art. 243 alin (3), similar art. 2, scopul „particular” al falimentului acestor societăți, care constă în protejarea intereselor legitime și a drepturilor creditorilor de asigurări; se remarcă prioritatea acordată creditorilor de asigurări, definiți ca

acei *creditori „specifici”*, deținători de polițe de asigurare, spre deosebire de creditorii „comuni” (de exemplu, furnizori de servicii, utilități, bugetul statului etc.).

Legiitorul se preocupă, tot în cadrul dispozițiilor general aplicabile societăților de asigurare/reasigurare, la art. 244, de semnificația juridică a principalelor noțiuni utilizate atât în procedura redresării financiare, precum și în falimentul societăților de asigurare/reasigurare. Norma face trimitere la explicațiile terminologiei din cadrul actelor normative din materia asigurărilor, respectiv Legea nr. 503/2004 și Legea nr. 32/2000.

Astfel, prin *autoritate competentă* se înțelege A.S.F., ca autoritate administrativă autonomă de specialitate, autoritatea judiciară, precum și alte autorități prevăzute de lege, abilitate în ceea ce privește aplicarea procedurii redresării financiare și, respectiv, a falimentului societăților de asigurare/reasigurare.

Prin *autorități de supraveghere*, în accepțiunea legii, se înțeleg autoritățile naționale care, prin lege sau prin alte reglementări, sunt abilitate să supravegheze societățile de asigurare/reasigurare.

Creditorii de asigurări sunt persoanele asigurate, titularii de polițe de asigurare, beneficiarii contractelor de asigurare, precum și oricare alte terțe persoane prejudiciate prin nerespectarea condițiilor de asigurare ale contractelor, ale căror creanțe nu au fost plătite de societatea de asigurare/reasigurare.

Creanțele de asigurări sunt creanțele creditorilor de asigurări care rezultă dintr-un contract de asigurare, inclusiv sumele rezervate pentru acești creditori atunci când unele elemente ale datoriei nu sunt cunoscute încă. Se consideră creanțe de asigurări creanțele Fondului de garantare, precum și primele datorate de către societatea de asigurare/reasigurare debitoare, rezultate din încetarea ori, după caz, din anularea contractelor de asigurare sau operațiunilor efectuate, conform legii aplicabile acestora, înainte de intrarea în procedura falimentului.

Acordul de plată a creanțelor de asigurări reprezintă convenția intervenită înainte sau după deschiderea procedurii falimentului, încheiată între asigurător/reasigurător și creditorii de asigurări, având ca obiect modul și termenele de plată a creanțelor.

Fondul de garantare este fondul de protecție prevăzut la art. 60 din Legea nr. 136/1995 privind asigurările și reasigurările în România.

Statul membru este statul membru al Uniunii Europene sau statul aparținând Spațiului Economic European, iar *statul membru de origine* este statul membru în care societatea de asigurare/reasigurare a fost autorizată.

Prin *stat membru gazdă* se înțelege statul membru, altul decât statul membru de origine, în care societatea de asigurare/reasigurare are deschisă o sucursală, iar prin *stat terț* se înțelege statul care nu este membru al Uniunii Europene sau care nu aparține Spațiului Economic European.

Legea nr. 32/2000, la care Codul insolvenței face trimitere în art. 244 alin (2), în cuprinsul art. 2, se preocupă de definirea unor termeni și noțiuni. Astfel, prin *filială* se înțelege entitatea, persoana juridică, aflată față de societatea-mamă în una dintre situațiile prevăzute la pct. 28 al aceluiași articol.

Prin *sucursală* se desemnează agenția ori sucursala unui asigurător sau reasigurător. Orice prezență permanentă a unui asigurător sau reasigurător pe teritoriul unui stat membru trebuie să fie tratată ca o agenție ori sucursală, chiar dacă prezența nu ia forma unei agenții sau sucursale, dar consistă, în principal, într-o reprezentanță condusă de personalul acelei entități ori de o persoană independentă care are un mandat permanent de a acționa în numele și pentru acea entitate.

Persoanele semnificative sunt membrii consiliului de administrație și/sau ai consiliului director și/sau ai consiliului de supraveghere, conducerea executivă, conducătorii activităților de asigurări de viață și de asigurări generale, în cazul asigurătorilor cu activitate compozită, persoanele desemnate în funcții de conducere specifice domeniului asigurărilor, stabilite prin norme emise în aplicarea legii, după caz, precum și conducerea executivă a intermediarului în asigurări și/sau în reasigurări și membrii Consiliului director al Fondului de protecție a victimelor străzii.

Are calitatea de *acționar semnificativ* orice persoană care, nemijlocit și singură ori prin intermediul sau în legătură cu alte persoane fizice ori juridice, exercită drepturi ce decurg din deținerea unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social al unui asigurător/reasigurător ori îi conferă acesteia cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală a acționarilor sau care dau posibilitatea să exercite o influență semnificativă asupra conducerii unui asigurător, reasigurător, broker de asigurare și/sau de reasigurare în care are poziția semnificativă, după caz.

Deși după aceste 3 articole grupate în secțiunea „Dispoziții generale” legiuitorul trece la paragraful dedicat falimentului, observăm că alin. (2) al art. 245 din Codul insolvenței își are locul tot între dispozițiile „generale speciale” (dreptul comun special), deoarece are ca obiect domeniile (materile) principale din falimentul societăților de asigurare/reasigurare care vor fi guvernate de *legea română*. Această normă conflictuală dă în competența legii române și anumite acte/fapte ce au loc pe teritoriul altor state și, din enumerarea sa, rezultă că acoperă cea mai mare parte a aspectelor esențiale ale procedurii.

Dispozițiile legale prevăd aplicarea legii române cu privire la bunurile care fac obiectul acestei proceduri, precum și regimul bunurilor dobândite de societatea de asigurare/reasigurare debitoare după deschiderea procedurii falimentului. Legea română guvernează atribuțiile societății de asigurare/reasigurare debitoare și ale lichidatorului judiciar, precum și condițiile în care se poate invoca o compensare.

Efectele procedurii falimentului asupra contractelor în derulare, în care societatea de asigurare/reasigurare debitoare este parte și efectele procedurii falimentului asupra procedurilor individuale de executare silită promovate de creditorii de asigurări, cu excepția cauzelor aflate pe rolul instanțelor din alte state membre, sunt tot de competența legii române.

Este guvernat de legea română și regimul creanțelor deținute asupra societății de asigurare/reasigurare debitoare și regimul creanțelor care iau naștere după deschiderea procedurii falimentului, precum și cel privind declararea, verificarea și admiterea creanțelor.

De asemenea, distribuirea veniturilor obținute din valorificarea activelor, ordinea de prioritate a achitării creanțelor de asigurări și drepturile creditorilor de asigurări care au obținut o plată parțială după deschiderea procedurii falimentului în temeiul unui drept real sau prin invocarea compensării urmează tot dispozițiile legii române.

Sunt expres date în domeniul legii române regulile privind condițiile și efectele închiderii procedurii falimentului, drepturile creditorilor după închiderea procedurii falimentului și suportarea costurilor și a cheltuielilor aferente procedurii falimentului.

Regulile privind nulitatea, anularea sau inopozabilitatea actelor juridice care prejudiciază drepturile și interesele legitime ale creditorilor de asigurări sunt cele derivate din dreptul român.

§2. Deschiderea procedurii falimentului societăților de asigurare/reasigurare

27. Articolul 245 din Codul insolvenței reglementează *legitimarea procesuală activă* a subiecților de drept care pot formula *cereri de deschidere a procedurii falimentului* împotriva unei societăți de asigurare/reasigurare. Din conținutul normei rezultă că cererea de faliment poate fi introdusă de trei categorii de entități, respectiv: A.S.F., societatea de asigurare/reasigurare debitoare și creditorii societății de asigurare.

În categoria creditorilor societății de asigurare se pot distinge, la rândul lor, două categorii: creditorii ce rezultă în urma raporturilor de asigurare/reasigurare încheiate și creditorii proprii ai societății de asigurare/reasigurare. Dintre cele două categorii de creditorii, potrivit prevederilor art. 247, doar creditorii societății de asigurare/reasigurare debitoare au legitimare procesuală activă să formuleze cerere de faliment.

În ceea ce privește prerogativa A.S.F. privind introducerea cererii de faliment împotriva unui asigurător/reasigurător, se observă consecvența legiuitorului prin aceea că, potrivit art. 219 din cod, B.N.R., în calitatea sa de autoritate de supraveghere prudențială, poate introduce cererea de deschidere a procedurii falimentului împotriva instituției de credit aflate în dificultate financiară.

2.1. Cererea debitorului

28. Articolul 246 din Codul insolvenței are drept obiect de reglementare regulile care cârmuiesc cererea introductivă de faliment a societății de asigurare/reasigurare debitoare aflate în stare de insolvență. Reamintim că, în accepțiunea prevederilor art. 5 pct. 31, *insolvența* societății de asigurare/reasigurare este acea stare a societății de asigurare/reasigurare caracterizată prin una dintre următoarele situații:

- incapacitatea vădită de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești;
- scăderea valorii marjei de solvabilitate disponibile sub jumătatea limitei minime prevăzute de reglementările legale în vigoare pentru fondul de siguranță;
- imposibilitatea restabilirii situației financiare a societății de asigurare/reasigurare în cadrul procedurii de redresare financiară.

După cum se observă, legiuitorul atribuie legitimare procesuală activă societății de asigurare în formularea cererii de faliment în doar una dintre cele trei situații de insolvență, respectiv numai pentru cazul incapacității vădite de plată a datoriilor exigibile cu disponibilitățile bănești.

Se impune mențiunea că, pentru cazul de insolvență prevăzut de lege, introducerea cererii de faliment este *obligatorie*, iar nu facultativă.

O altă particularitate a cererii de faliment a societății de asigurare o constituie *termenul* de introducere, care este de 20 de zile de la data apariției stării de insolvență. Se constată, așadar, că termenul privind cererea societății de asigurare debitoare este diferit de termenul de 30 de zile al instituției de credit debitoare, precum și de termenul (tot de 30 de zile) consacrat pentru depunerea cererii de insolvență de către debitorul din procedura dreptului comun.

Ca specific, legea impune ca debitoarea să anexeze în mod obligatoriu la cerere și registrul special al activelor admise să acopere rezervele tehnice.

Rezervele tehnice reprezintă, conform prevederilor art. 21 din Legea nr. 32/2000, rezerva de prime, rezerva de daune, rezerva de daune neavizate, rezerva de catastrofă,

rezerva pentru riscuri neexpirate și rezerva de egalizare. Registrul special al activelor admise să acopere rezervele tehnice este reglementat în anexa nr. 2 din Legea nr. 32/2000.

În alin. (2) al art. 246 al codului, legiuitorul reglementează un fel de procedură prealabilă introducerii cererii de faliment, care constă în comunicarea cererii A.S.F., în vederea realizării și formulării unei întâmpinări. În concret, asigurătorul/reasigurătorul, înainte de a înregistra la tribunal cererea de faliment, este obligat să o înainteze spre analiză autorității de supraveghere. În lipsa altor precizări, întâmpinarea la care se referă textul legal va fi întocmită după regulile consacrate de Codul de procedură civilă, prevăzute în art. 205 și urm. În plus, aceasta va cuprinde precizarea dacă societatea de asigurare/reasigurare debitoare face sau nu face obiectul unei proceduri de redresare financiară, așa cum aceasta este reglementată în art. 3 lit. b) din Legea nr. 503/2004, pentru restabilirea situației sale financiare sau, după caz, pentru onorarea plăților către creditori.

2.2. Cererile creditorilor

29. Articolul 247 din Codul insolvenței conține regulile care guvernează *cererea creditorilor* privind procedura falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare debitoare. După cum arătam în cele de mai sus, reglementările din domeniul asigurărilor, în special Legea nr. 503/2004, precum și normele Codului insolvenței împart creditorii raporturilor de asigurare în două categorii, și anume: creditorii societății de asigurare/reasigurare debitoare și creditorii de asigurări. Legiuitorul atribuie legitimarea procesuală activă pentru formularea cererii de faliment doar creditorilor societăților de asigurare.

În înțelesul Legii nr. 503/2004, *creditorii de asigurări* sunt persoane asigurate, deținători de polițe de asigurare, beneficiari ai contractelor de asigurare, precum și alte persoane prejudiciate prin nerespectarea condițiilor de asigurare ale contractelor, ale căror creanțe nu au fost onorate de societatea de asigurare.

În schimb, reglementările din domeniul asigurărilor nu definesc noțiunea de *creditorii ai societății de asigurare*. Însă, în antiteză cu creditorii de asigurări, se înțelege că au această calitate toți creditorii ale căror creanțe nu izvorăsc din raporturi de asigurare. În consecință, au calitatea de creditori ai societății de asigurare instituțiile de credit care acordă împrumuturi societăților de asigurare și orice alte persoane fizice sau juridice care desfășoară raporturi juridice de altă natură decât de asigurare cu asigurătorii/reasigurătorii. Nu înseamnă că, dacă creditorii de asigurări nu pot formula cererea de faliment, creanțele acestora rămân neplătite. Din contră, această categorie de creditori este satisfăcută cu prioritate din fondul de garantare. Într-adevăr, potrivit prevederilor art. 266 alin. (2), de la data rămânerii definitive a hotărârii de deschidere a procedurii falimentului, fondul de garantare este în drept să efectueze plăți din disponibilitățile acestuia, în vederea achitării sumelor cuvenite creditorilor de asigurări, potrivit legii. Cele mai sus precizate sunt susținute de chiar norma analizată, care, în ceea ce privește cererea creditorilor, trimite la prevederile care reglementează condițiile pe care trebuie să le îndeplinească un creditor îndreptățit să participe la procedura insolvenței în dreptul comun.

În concret, spre deosebire de cererea societății de asigurare/reasigurare debitoare care trebuie făcută în termen de 20 de zile de la data apariției stării de insolvență, creditorii societății de asigurare/reasigurare vor putea depune cerere de faliment numai atunci când *creanța* lor este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 60 de zile. De asemenea, cererea creditorilor trebuie să îndeplinească și condiția privind valoarea-prag, în

sensul că sumele care alcătuiesc creanța trebuie să fie în cuantum minim de 40.000 de lei.

Cererea prevăzută la art. 246 alin. (1) și la art. 247 alin. (1) se înregistrează de tribunal odată cu întâmpinarea A.S.F., prin care aceasta comunică dacă societatea de asigurare/reasigurare debitoare face sau nu face obiectul unei proceduri de redresare financiară, potrivit art. 3 lit. b) din Legea nr. 503/2004, pentru restabilirea situației sale financiare sau, după caz, pentru onorarea plăților către creditori, în cadrul unor măsuri administrative de redresare financiară.

Deschiderea procedurii falimentului se pronunță de către *judecătorul-sindic* în următoarele ipoteze care decurg din poziția A.S.F.:

a) A.S.F. a comunicat, prin întâmpinare, că la data formulării cererii de deschidere a procedurii falimentului nu se află în curs de desfășurare o procedură de redresare financiară a activității societății de asigurare/reasigurare debitoare, în condițiile Legii nr. 503/2004; în situația în care prin întâmpinarea depusă A.S.F. comunică judecătorului-sindic faptul că societatea de asigurare/reasigurare debitoare se află într-o procedură de redresare financiară, judecătorul-sindic nu va deschide procedura falimentului asupra asigurătorului/reasigurătorului în cauză;

b) A.S.F. a comunicat, prin întâmpinare, că nu există posibilități reale de restabilire a situației financiare a societății și de plată a creanțelor tuturor creditorilor acesteia în cadrul unei proceduri de redresare financiară.

2.3. Deschiderea procedurii la cererea A.S.F.

30. Codul insolvenței stabilește regimul juridic al *cererii de faliment introduse de A.S.F.*, conform prevederilor art. 249. După cum se observă, A.S.F. poate introduce cerere privind deschiderea procedurii falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare doar în două dintre cele trei cazuri specifice insolvenței din domeniul companiilor de asigurări. Mai exact, A.S.F. poate introduce cerere de faliment în cazul scăderii valorii marjei de solvabilitate disponibile sub jumătate din limita minimă prevăzută de reglementările egale în vigoare pentru fondul de siguranță sau în caz de imposibilitate a restabilirii situației financiare a societății de asigurare/reasigurare, în cadrul procedurii de redresare financiară.

Așa cum am arătat anterior, în temeiul Legii nr. 503/2004, ori de câte ori A.S.F., pe baza raportărilor financiare comunicate de companiile de asigurare ori ca urmare a controalelor efectuate, constată că o societate de asigurare/reasigurare se află în dificultate financiară, va institui procedura de redresare financiară administrativă. Redresarea societăților de asigurare/reasigurare pe cale administrativă se poate realiza pe bază de plan de redresare financiară sau prin administrare specială. Textul legal analizat are în vedere și principalele înscrisuri care vor însoți cererea de faliment a A.S.F. Un astfel de înscris îl reprezintă hotărârea A.S.F. privind retragerea autorității de funcționare a societății de asigurare/reasigurare, precum și constatarea stării de insolvență a acesteia. Hotărârea A.S.F. privind retragerea autorizației de funcționare și actul de constatare a stării de insolvență sunt înscrisurile care însoțesc cererea în ipoteza în care societatea de asigurare/reasigurare nu se află în vreo procedură reglementată de Legea nr. 503/2004.

În ceea ce privește decizia A.S.F. privind închiderea procedurii de redresare financiară, urmată de deschiderea procedurii falimentului, se înțelege că aceasta privește situația în care, la momentul cererii, societatea de asigurare/reasigurare se află într-o procedură

de redresare financiară administrativă. Legea nr. 503/2004 prevede că, atunci când măsurile dispuse de către A.S.F. nu au fost îndeplinite în mod corespunzător sau aplicarea acestora nu a făcut posibilă restabilirea situației patrimoniale a societății, autoritatea este obligată să retragă autorizarea de funcționare a asigurătorului și, dacă se constată insolvența, este obligată să solicite, de îndată, deschiderea procedurii falimentului.

§3. Pronunțarea falimentului și desemnarea lichidatorului judiciar

31. După înregistrarea cererii de faliment vor fi citați, după caz, creditorul, societatea debitoare, A.S.F. și Fondul de garantare.

Codul insolvenței prevede la art. 250 că, în ipoteza în care cererea este introdusă de creditori sau de către A.S.F., societatea de asigurare/reasigurare poate formula *contestație*. Contestația trebuie introdusă în cel mult 5 zile de la data primirii notificării și se judecă cu celeritate și precădere. Se înțelege că citarea participanților la procedură, despre care face vorbire primul alineat, privește și termenul la care se judecă contestația societății debitoare.

Instanța competentă este, conform dreptului comun al insolvenței, tribunalul în a cărui rază teritorială se află sediul principal al societății de asigurare/reasigurare debitoare. Articolul 254 coroborat cu art. 256 prevede că apelul este de competența curții de apel în raza căreia se află tribunalul respectiv.

Legea prevede că judecătorul-sindic, în urma analizării cererii și dacă societatea de asigurare/reasigurare debitoare nu a contestat existența stării de insolvență, *va deschide procedura falimentului*. Textul analizat nu are în vedere situația și soluția în cazul depunerii unei contestații de către societatea debitoare. Cu toate acestea, soluția nu poate fi decât cea privind rezultatul judecării contestației. În consecință, judecătorul-sindic va deschide procedura falimentului atât în situația în care societatea de asigurare/reasigurare debitoare nu a contestat existența stării de insolvență, cât și cazul în care debitoarea a formulat contestație, dar acesta a fost respinsă. Judecătorul-sindic nu va deschide procedura falimentului dacă A.S.F. comunică prin întâmpinare că societatea de asigurare are posibilități reale de redresare financiară.

Calea de atac este *apelul*, așa cum dispune art. 256 din Codul insolvenței. Hotărârile judecătorului-sindic pot fi atacate cu apel, iar apelul se judecă de către curtea de apel. Apelul se va judeca după regulile dreptului comun privind procedura de insolvență, în complete specializate și de urgență. Citarea părților în apel și comunicarea deciziilor pronunțate se va face prin BPI. Dacă vor fi formulate mai multe cereri de apel, se va constitui un singur dosar, iar cei interesați vor depune întâmpinare în termen de 10 zile de la comunicarea cererii și a motivelor de apel.

32. *Lichidatorul judiciar* este desemnat, conform dispozițiilor art. 251, din rândul practicienilor în insolvență în condițiile dreptului comun, prevăzute de art. 63 din cod. În concret, dacă există o cerere introdusă de către debitor și alta introdusă de creditor, judecătorul-sindic va desemna lichidatorul judiciar propus de creditor. Se înțelege că, dacă este formulată numai o cerere a debitorului sau există o astfel de cerere din partea unui creditor, dar acesta nu a propus un lichidator judiciar, judecătorul-sindic va desemna lichidatorul judiciar propus de către societatea de asigurare/reasigurare debitoare.

Dacă niciunul dintre titularii cererii de faliment nu propune un lichidator, judecătorul-sindic va desemna un lichidator judiciar dintre cei care și-au depus oferte la dosar și,

în lipsă, un lichidator din tabloul practicienilor în insolvență. După cum se observă, practicianul în insolvență, pentru a îndeplini calitatea de lichidator judiciar în procedura de faliment privind societățile de asigurare/reasigurare, trebuie să obțină în prealabil avizul A.S.F.^[1] În cazul în care cererea de faliment este introdusă de către A.S.F. și propune un lichidator judiciar, se prezumă că aceasta a dat și avizul prealabil practicianului de insolvență pe care l-a propus.

§4. Primele măsuri

33. La art. 252 din Codul insolvenței sunt legiferate *primele măsuri* dispuse ca urmare a pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii falimentului.

Prima măsură privește *publicitatea stării de faliment* în care se află societatea debitoare, care se realizează prin oficiul registrului comerțului unde este înregistrată debitoarea, precum și prin publicarea, în cel puțin două ziare de circulație națională, prin grija Fondului de garantare. De asemenea, lichidatorul judiciar comunică de îndată informația privind deschiderea procedurii de faliment părților interesate și Fondului de garantare, în vederea publicității deschiderii procedurii falimentului, cât și pentru începerea plăților creanțelor de asigurări. Observăm că nu există obligativitatea publicării unui anunț în acest sens în BPI, dar având în vedere faptul că procedura de insolvență se va desfășura sub efectul Codului insolvenței, toate măsurile de publicitate se vor supune prevederilor acestuia. Prin urmare, intrarea în procedura insolvenței implică și respectarea tuturor formelor de publicitate, atât cele specifice menționate de art. 252 din cod, cât și cele prevăzute de art. 5 pct. 6 din același cod.

Dacă societatea de asigurare/reasigurare supusă falimentului are *dezmembrăminte în alte țări*, cu sau fără personalitate juridică, legea obligă autoritatea de supraveghere să înștiințeze autoritatea similară străină din țara gazdă a sucursalei sau filialei societății debitoare despre deschiderea procedurii de faliment. Cheltuielile privind comunicarea deschiderii procedurii falimentului și publicitatea stării de faliment în care se află societatea de asigurare/reasigurare vor fi suportate din averea societății debitoare, iar în lipsa disponibilităților, din fondul de lichidare. Prin urmare, aceste cheltuieli nu vor fi avansate și nici imputate Fondului de garantare din domeniul asigurărilor.

Publicitatea stării de faliment în care se află societatea de asigurare/reasigurare debitoare se realizează și prin actele care emană de la aceasta, deoarece de la data deschiderii procedurii trebuie să aibă consemnată pe toate actele ce emană de la aceasta *mențiunea „societate de asigurare/reasigurare în faliment”*. Deși în acest caz s-ar fi impus, mai evident decât în cazul societăților de drept comun, o mențiune măcar și într-o limbă de circulație internațională, această mențiune lipsește nemotivat dintre dispozițiile legale. Opinăm că este vorba despre o omisiune a legiuitorului de corelare și este recomandat a fi efectuată mențiunea privind starea societății și în cele două limbi de circulație internațională, franceză și engleză, având în vedere faptul că și în cuprinsul art. 83 din Codul insolvenței se stabilește această obligație pentru publicările efectuate ulterior rămânării definitive a hotărârii de deschidere a procedurii.

^[1] Norma este similară cu cea cuprinsă în art. 207 alin. (1) lit. b), unde se prevede că lichidatorul-judiciar din procedura falimentului bancar trebuie să obțină în prealabil avizul B.N.R.

§5. Specificul atribuțiilor organelor care aplică procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare

34. În art. 257 sunt reglementate *atribuțiile speciale* pe care le are *judecătorul-sindic* în procedura falimentului societății de asigurare/reasigurare debitoare, în plus față de cele din dreptul comun. Este vorba despre:

a) *notificarea privind înregistrarea cererilor introductive*. Prima atribuție privește notificarea Fondului de garantare și a A.S.F. cu privire la înregistrarea cererilor introductive. Codul are în vedere notificarea înregistrării cererii, iar nu a hotărârii de deschidere a procedurii falimentului;

b) *judicarea contestației asigurătorului/reasigurătorului*. Codul are în vedere judecarea contestației asigurătorului/reasigurătorului *împotriva cererii introductive* formulate de A.S.F., de creditorii de asigurări și de ceilalți creditori, după caz. Potrivit art. 250 alin. (2), contestația societății de asigurare poate fi introdusă în cel mult 5 zile de la data primirii notificării cu privire la înregistrarea unei astfel de înregistrări. Contestația se judecă cu celeritate și precădere, pe cale separată sau la același termen cu judecarea cererii de faliment. Hotărârea judecătorului-sindic privind judecarea contestației este supusă apelului;

c) *judecarea cererilor privind nulitatea sau anularea unor acte frauduloase*; altă atribuție a judecătorului-sindic în falimentul societății de asigurare/reasigurare o constituie judecarea cererilor A.S.F. privind nulitatea sau anularea unor fapte frauduloase, prejudiciabile intereselor și drepturilor creditorilor de asigurări, anterioare deschiderii procedurii de faliment. Deși textul are în vedere anularea cererilor formulate de A.S.F., este fără îndoială că judecătorul-sindic va soluționa cererile privind anularea actelor prejudiciabile și când acestea sunt introduse de către lichidator ori de către creditorii participanți la procedură;

d) *judecarea cererilor de compensare a creanțelor*. În lipsa altor precizări, regulile privind compensarea creanțelor vor fi cele statuate la art. 90 din Codul insolvenței, cu aplicarea, în completare, a regulilor dreptului comun, consacrate de Codul civil. Potrivit textului menționat, deschiderea procedurii de insolvență nu afectează dreptul niciunui creditor de a invoca compensarea creanței sale cu cea a debitorului asupra sa, atunci când condițiile prevăzute de lege în materie de compensare legală sunt îndeplinite la data deschiderii procedurii. Spre deosebire de dreptul comun al insolvenței, unde se prevede că operațiunea de compensare poate fi constatată de administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar, după caz, art. 257 dă în competența exclusivă a judecătorului-sindic judecarea cererilor de compensare a creanțelor din falimentul societăților de asigurare. Având în vedere faptul că atributul judecării cererii de compensare a creanțelor revine judecătorului-sindic, apreciem că pe calea unei astfel de cereri pot fi soluționate atât compensările legale, cât și compensările judiciare. O condiție premergătoare de o importanță deosebită în soluționarea cererilor de compensare care trebuie îndeplinită o reprezintă obținerea prealabilă a avizului A.S.F. Această operațiune de compensare trece din sfera de atribuții a administratorului judiciar/lichidatorului din dreptul comun în sfera de atribuții de control ale judecătorului-sindic, având în vedere specificul activității de asigurare și posibilele izvoare ale creanțelor asupra cărora ar opera compensarea. Cu titlu de exemplu, putem avea în vedere importanța acestei operațiuni de compensare și necesitatea avizului autorității în cel puțin următoarea situație: cazul creditorului care are o potențială creanță născută dintr-un dosar de daună și situația în care același creditor

este debitor în urma încheierii unui contract de asigurare. Necesitatea intervenției A.S.F., prin avizul ce urmează a fi acordat, rezultă din caracterul acesteia de autoritate de reglementare și control în ceea ce privește asigurarea corectitudinii operațiunilor specifice de compensare propuse spre a fi efectuate;

e) *judecarea contestațiilor* formulate de A.S.F., de societatea de asigurare/reasigurare debitoare, de creditorii de asigurări ori de oricare persoană interesată. Litera e) are în vedere judecarea contestațiilor formulate de A.S.F., de societatea de asigurare/reasigurare debitoare, de creditorii de asigurare ori de orice persoană interesată *împotriva măsurilor* dispuse de lichidatorul judiciar. Potrivit dispozițiilor art. 259 din Codul insolvenței, entitățile anterior menționate pot formula contestație împotriva măsurilor luate de lichidatorul judiciar, care trebuie să fie depusă în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a extrasului raportului lunar întocmit de lichidatorul judiciar. Contestația se soluționează de urgență și cu precădere, cu citarea contestatorului, a A.S.F., a creditorilor de asigurări și a fondului de garantare. Această categorie de contestații este diferită de cea legiferată la lit. b), deoarece privește contestarea măsurilor dispuse de lichidatorul judiciar, pe când ipoteza de la lit. b) vizează judecarea contestației asigurătorului/reasigurătorului împotriva cererii introductive de faliment;

f) *judecarea cererilor de atragere a răspunderii*. În conformitate cu dispozițiile art. 268, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte din pasivul societății de asigurare/reasigurare ajunsă în stare de insolvență să fie suportată de membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății de asigurare/reasigurare debitoare, precum și orice altă persoană care a contribuit la ajungerea în stare de insolvență a asigurătorului/reasigurătorului. Prin compararea celor două texte, se constată că la lit. f) de la alin. (1) al art. 257 lipsește precizarea „orice altă persoană care a contribuit la ajungerea în stare de insolvență”, însă este o simplă omisiune a legiuitorului, pentru că este fără îndoială că judecătorul-sindic va judeca cererea de atragere la răspundere și a altor persoane care au contribuit la ajungerea societății în stare de insolvență, nu doar a cererii de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere, a cenzorilor, auditorilor financiari și a personalului de execuție sau cu atribuții de control din cadrul societății debitoare.

35. În exercițiul atribuțiilor de mai sus, judecătorul-sindic poate cere și *opinia A.S.F.*, în calitate de autoritate administrativă autonomă de specialitate. Opinia privește unele măsuri strict specifice raporturilor de asigurare și este facultativă, iar nu obligatorie.

Prin dispozițiile art. 257 din Codul insolvenței, A.S.F. capătă o *legitimare procesuală activă* prin intermediul căreia poate cenzura actele și faptele debitorului.

Astfel, la fel ca în situația reglementării privind falimentul instituțiilor de credit, unde B.N.R. are aceleași atribuții de supraveghere și control, apreciem că, atunci când A.S.F. ar respinge solicitarea societății de asigurare/reasigurare, aceasta din urmă nu mai este ținută să introducă cererea de deschidere a procedurii falimentului, întrucât o autoritate cu atribuții în domeniu a invalidat, practic, analiza stării de insolvență efectuate de debitoare.

În temeiul acestor prevederi, se poate considera că A.S.F. are chiar o legitimitate procesuală aparte, întrucât, pe baza informațiilor raportate de către societate în perioada de activitate, cu privire la operațiunile comerciale efectuate, poate interveni în anumite cazuri expres determinate, de o importanță semnificativă, în identificarea acelor acte și

fapte ale debitorului efectuate în fraudă creditorilor (compensări, transferuri patrimoniale etc.).

36. În mod similar, în cuprinsul art. 258 sunt prevăzute *atribuțiile speciale ale lichidatorului* care activează în domeniul falimentului societăților de asigurare/reasigurare. Deși textul de lege prevede că acestea ar fi atribuții suplimentare, în realitate se constată că majoritatea lor sunt foarte asemănătoare sau chiar identice cu cele specifice procedurii din dreptul comun.

La fel ca în situația anterioară, anumite operațiuni specifice care țin strict de activitatea de asigurare sunt condiționate de obținerea avizului A.S.F., în calitatea acesteia de autoritate de reglementare și control:

a) *analizarea activității societății de asigurare/reasigurare debitoare*. Una dintre principalele atribuții ale lichidatorului judiciar o constituie analiza activității asigurătorului/reasigurătorului cu scopul întocmirii unui *raport* amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au condus la ajungerea în stare de insolvență a debitorului. Este primul raport pe care îl face lichidatorul judiciar în procedura falimentului, iar pe baza analizei activității, pe lângă cauzele și împrejurările apariției falimentului, acesta trebuie să identifice și persoanele care se fac vinovate de ajungerea societății de asigurare debitoare în stare de insolvență. Se observă, așadar, că acest raport va constitui un veritabil element premisă, în vederea tragerii la răspundere și exercitarea acțiunilor în acest sens în condițiile art. 268-270 din cod. Codul prevede că raportul se va comunica și A.S.F. și va fi depus, totodată, în dosarul cauzei, unde va putea fi consultat de toți participanții la procedură;

b) *notificarea* cu privire la pronunțarea hotărârii de intrare în procedura falimentului a societății de asigurare/reasigurare debitoare. În ceea ce privește notificarea privind pronunțarea hotărârii de intrare în procedura falimentului, ea vine în susținerea prevederilor art. 252, care dispune că, în urma pronunțării hotărârii de deschidere a falimentului, lichidatorul judiciar comunică de îndată aceasta părților interesate, fondului de garantare, precum și oficiului registrului comerțului unde este înregistrată societatea de asigurare/reasigurare debitoare. În cazul în care societatea de asigurare/reasigurare debitoare are deschise sucursale și/sau filiale în alte țări, A.S.F. va comunica de îndată autorității de supraveghere din țara gazdă a sucursalei/filialei respective o informare despre hotărârea privind deschiderea procedurii de faliment. Notificarea are drept scop realizarea publicității prin avertizarea terților cu privire la starea de faliment în care se află asigurătorul, precum și asigurarea participării persoanelor interesate la procedură, în vederea exercitării drepturilor și intereselor prevăzute de lege. În ceea ce privește conținutul notificării, aceasta va cuprinde mențiunile indicate în art. 100 din cod;

c) *verificarea creanțelor* Fondului de garantare. Verificarea creanțelor are drept finalitate începerea distribuirii creanțelor convenite creditorilor de asigurări. Articolul 266 alin. (2) din Codul insolvenței prevede că de la data rămânării definitive a hotărârii de deschidere a procedurii falimentului, Fondul de garantare este în drept să efectueze plăți în vederea achitării sumelor convenite creditorilor de asigurări;

d) *menținerea sau denunțarea unor contracte*. Legea recunoaște dreptul lichidatorului judiciar, la fel ca și în procedura dreptului comun, de menținere sau denunțare a unor contracte care privesc societatea de asigurare/reasigurare debitoare. Chiar dacă asigurătorul se află în faliment, acesta are nevoie de anumite servicii și utilități în vederea realizării operațiunilor de lichidare. Se înțelege că, în acest context, contractele prin care asigurătorul are statutul juridic de consumator captiv, cum sunt cele care privesc ener-

gia, gazele, apa etc., vor fi menținute, precum și contractele privind locațiunea sediului sau a altor spații necesare lichidării; în plus, unele contracte de muncă pot fi menținute, iar cele care nu servesc lichidării vor fi denunțate. Menținerea sau denunțarea acestor contracte nu presupune aprobarea judecătorului-sindic, dar necesită avizul A.S.F.;

e) *conducerea activității societății de asigurare/reasigurare debitoare*. Așa cum precizam și în cele de mai sus, în momentul deschiderii procedurii falimentului, societatea de asigurare debitoare se află într-o multitudinea de raporturi juridice care se derulează cu diferite subiecte de drept. Principalele raporturi aflate în derulare sunt, fără îndoială, cele născute din contractele de asigurare privind clasele, tipurile și formele de asigurări pe care a fost autorizată societatea să le practice. Aceste raporturi trebuie finalizate fie prin încetarea contractelor, fie prin transferul lor către alte societăți eligibile și interesate;

f) *încheierea acordurilor de plată a creanțelor de asigurări*. Atribuția de la lit. f) privește valorificarea activelor societății în vederea efectuării de plăți. Este destul de confuză această prevedere deoarece, așa cum am văzut în cele de mai sus, creanțele de asigurări se plătesc prin intermediul Fondului de garantare. Era mai potrivit ca acest text să aibă în vedere protecția creanțelor creditorilor societăților de asigurare, în legătură cu care codul nu prevede niciun fel de protecție;

g) *angajarea personalului necesar în vederea lichidării*. Am văzut în cele ce preced că activitatea specifică pieței financiar-bancare este deosebită de complexă, cu un grad ridicat de tehnicitate, fapt ce reclamă personal de specialitate. La fel ca și în materia dreptului comun, lichidatorul judiciar poate angaja anumite persoane care să îl sprijine în realizarea operațiunilor de lichidare, iar aceste persoane pot fi desemnate din rândul personalului existent al societății debitoare. În practică, ar fi imposibil ca lichidatorul să se descurce fără personal auxiliar, deoarece pe lângă complexitatea și gradul tehnic ridicat al operațiunilor de asigurare, acestea au și particularitatea că asigurătorii au dezmembăminte în toate orașele municipii de județ, precum și în alte localități, situație ce presupune un volum mare de muncă. În lipsa altor precizări, angajarea personalului de specialitate se va face în condițiile și cu procedura reglementată de art. 61 din cod;

h-j) *introducerea acțiunilor pentru anularea actelor frauduloase, a acțiunilor privind anularea constituirilor de drepturi de preferință sau transferuri de drepturi patrimoniale și a acțiunilor pentru anularea constituirilor de cauze de preferință sau transferurilor de drepturi patrimoniale*. La fel ca și în procedura dreptului comun, legiuitorul falimentului de asigurări recunoaște legitimitate procesuală activă lichidatorului judiciar pentru anularea actelor frauduloase încheiate de societatea debitoare în dauna drepturilor creditorilor de asigurări, în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii. Situația este aproape identică cu cea reglementată de art. 117 din cod, motiv pentru care nu insistăm asupra dezbaterii acestora și vom face trimitere la explicațiile corespunzătoare^[1];

k) *urmărirea încasării oricăror creanțe din patrimoniul societății de asigurare/reasigurare debitoare*. Atribuția de la lit. k) obligă lichidatorul judiciar să se preocupe de încasarea creanțelor societății, în vederea valorificării la maxim a averii debitorului. Aceasta deoarece lichidarea presupune două categorii de operațiuni principale, respectiv realizarea și încasarea tuturor creanțelor debitorului și valorificarea bunurilor și drepturilor din patrimoniul acestora, dându-se astfel eficiență principiului maximizării gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor;

[1] A se vedea, *supra*, Capitolul XV.

l) întocmirea *raportului lunar* asupra evoluției procedurii de faliment. Raportul lunar este necesar pentru a evidenția activitățile desfășurate în procedura falimentului, a scopului lichidării bunului din averea debitorului. Norma trebuie coroborată și cu prevederile art. 261, potrivit căreia rapoartele a căror întocmire de către lichidatorul judiciar este obligatorie se transmit A.S.F. și Fondului de garantare. Codul cere ca raportul să fie prezentat judecătorului-sindic și să fie publicat în BPI;

m) *sesizarea judecătorului-sindic* despre orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta. Întrucât întreaga activitate, precum și operațiunile de lichidare sunt exercitate de către lichidatorul judiciar, legiuitorul îl obligă pe acesta să sesizeze judecătorului-sindic problemele apărute în legătură cu procedura falimentului. Problemele de care face vorbire legea sunt cele care exced competenței de rezolvare a lichidatorului judiciar. În consecință, pentru identificarea problemelor propuse judecătorului-sindic, se va verifica dacă respectiva chestiune este atributul lichidatorului judiciar și, dacă nu, înseamnă că problema va trebui soluționată de către judecătorul-sindic;

n) *încheierea oricăror documente*, în numele societății de asigurare/reasigurare debitoare. În calitatea sa de unic reprezentat al societății de asigurare/reasigurare aflate în faliment, lichidatorul judiciar va reprezenta debitoarea în justiție și în raporturile cu terți, în care scop va încheia toate actele necesare și utile lichidării în numele și pe seama asigurătorului falimentar;

o) *întocmirea situațiilor financiare finale de lichidare*. În aceeași calitate de reprezentant al societății de asigurare debitoare, lichidatorul judiciar va întocmi și situațiile financiare finale de lichidare. Având în vedere complexitatea și dificultatea ridicată a acestor operațiuni, lichidatorul poate angaja personal de specialitate care să îi acorde sprijin la întocmirea acestora;

p) *îndeplinirea oricăror dispoziții ale A.S.F.* Așa cum am văzut și în cele de mai sus, indiferent de titularul cererii de faliment, autoritatea de supraveghere este prezentă pe tot parcursul derulării falimentului unei societăți de asigurare și este posibil ca pe parcursul procedurii să fie necesare anumite măsuri specifice raporturilor de asigurare, dar care sunt enumerate în mod expres de lege. Pentru a realiza o valorificare eficientă a bunurilor din averea debitorului, în vederea satisfacerii optime a creanțelor debitorilor de asigurări, legiuitorul dă posibilitatea autorității să propună anumite măsuri sau operațiuni. Pentru aducerea la îndeplinirea a acestor măsuri este necesară confirmarea judecătorului-sindic;

q) *lichidarea bunurilor și valorificarea drepturilor* din patrimoniul societății de asigurare/reasigurare debitoare. La fel ca în cazul lichidării averii instituțiilor de credit falimentare, legiuitorul consacră modalități și tehnici similare pentru valorificarea patrimoniului societății de asigurare debitoare. Se constată că lichidatorul trebuie să se preocupe, în principal, de lichidarea în bloc a activelor companiilor de asigurare prin identificarea unor societăți de asigurare interesate în preluarea fondului de comerț (activelor societății de asigurare/reasigurare debitoare). Dacă acesta nu reușește, se vor folosi mijloacele și tehnicile obișnuite de valorificare a averii asigurătorului falimentar;

r) *efectuarea oricăror acte de procedură cerute de lege*. Astfel, lichidatorul judiciar va îndeplini toate actele necesare lichidării patrimoniului societății de asigurare/reasigurare debitoare, în vederea finalizării realizării procedurii de faliment.

§6. Alte dispoziții referitoare la activitatea lichidatorului judiciar (art. 259-261)

37. Articolul 259 reglementează regimul juridic al contestațiilor formulate în procedura falimentului societăților de asigurare. Codul insolvenței acordă legitimare procesuală activă în vederea formulării *contestațiilor împotriva măsurilor luate de lichidatorul judiciar* tuturor participanților la procedura falimentului. Această categorie de contestații nu se confundă cu contestația societății de asigurare/reasigurare împotriva cererii de deschidere a procedurii falimentului prevăzută de art. 250 alin. (2) și (3) din cod, deoarece contestația de la art. 250 privește cererea de faliment, iar contestațiile reglementate de prezentul text privesc măsurile luate de lichidatorul judiciar. Contestația va trebui depusă în termen de 7 zile de la publicarea extrasului raportului cuprinzând descrierea modului în care lichidatorul judiciar și-a îndeplinit atribuțiile, justificarea cheltuielilor efectuate sau a altor cheltuieli efectuate din fonduri existente în averea debitorului.

Legiuitorul păstrează consecvența judecării contestațiilor, în sensul că acestea vor fi soluționate de către judecătorul-sindic, de urgență și cu precădere, cu citarea contestatorului, a A.S.F., a creditorilor de asigurări și/sau a fondului de garantare.

38. *Înlocuirea lichidatorului judiciar* este reglementată de art. 260 din cod. În cazul în care lichidatorul judiciar săvârșește abateri grave în exercitarea atribuțiilor specifice procedurii falimentului, acesta poate fi înlocuit de către judecătorul-sindic. În operațiunea de înlocuire a lichidatorului judiciar, judecătorul-sindic se va ghida după regulile dreptului comun prevăzute de art. 57 alin. (4). În concret, în acord cu norma citată, în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic, din oficiu sau ca urmare a adoptării unei hotărâri a adunării creditorilor în acest sens, cu votul a mai mult de 50% din valoarea totală a creanțelor cu drept de vot, îl poate înlocui pe lichidatorul judiciar pentru motive temeinice. Înlocuirea se judecă în camera de consiliu, de urgență, cu citarea lichidatorului judiciar și a comitetului creditorilor. Împotriva încheierii se poate formula apel în termen de 5 zile de la comunicare. Noul lichidator desemnat va trebui să posede avizul prealabil al A.S.F.

Trebuie menționat faptul că încheierea de înlocuire a lichidatorului judiciar poate fi suspendată conform reglementării dreptului comun, caz în care lichidatorul a cărui înlocuire s-a decis va continua să-și exercite atribuțiile în perioada în care va opera suspendarea.

39. Articolul 261 dispune că *rapoartele* a căror întocmire de către lichidatorul judiciar este obligatorie, potrivit prezentei legi, se transmit, tot în mod obligatoriu, și A.S.F., precum și Fondului de garantare.

Dintre rapoartele pe care trebuie să le întocmească lichidatorul judiciar, amintim: *raportul amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor* care au condus la starea de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-a fi imputabilă intrarea în faliment a societăților de asigurare/reasigurare, și asupra premiselor angajării răspunderii acestora în condițiile art. 268 (art. 258 din cod); un alt raport obligatoriu este cel consacrat de art. 263, care dispune că după pronunțarea hotărârii privind deschiderea procedurii falimentului, lichidatorul întocmește un *raport*, cu precizarea, între altele, și a propunerilor privind *modalitățile concrete de lichidare* a bunurilor și a drepturilor din patrimoniul debitoare; tot astfel, o altă categorie de rapoarte obligatorii sunt *rapoartele lunare*, care

își au sediul materiei în art. 258 alin. (1) lit. I), potrivit căruia lichidatorul judiciar trebuie să întocmească lunar un raport asupra evoluției procedurii de faliment, raport pe care îl va prezenta judecătorului-sindic și îl va publica în BPI. În sfârșit, potrivit art. 167, după ce bunurile din averea debitorului au fost lichidate, lichidatorul judiciar va supune judecătorului-sindic un *raport final însoțit de situațiile financiare finale*.

Secțiunea a 6-a. Efectele deschiderii procedurii

§1. Interdicția înstrăinării participațiilor la capitalul social al debitorului

40. În art. 253, legiuitorul reglementează un prim efect al deschiderii procedurii falimentului, constând în *interdicția înstrăinării participațiilor la capitalul social al debitorului*. Interdicția nu vizează toți deținători de acțiuni, ci doar acționarii semnificativi și persoanele care au deținut funcții de conducere în cadrul societății debitoare. În conformitate cu Legea nr. 32/2000 (art. 2 lit. A pct. 10), prin acționar semnificativ se înțelege orice persoană care, în mod nemijlocit și singură ori prin intermediul sau în legătură cu alte persoane fizice sau juridice, exercită drepturi ce decurg din deținerea unor acțiuni care, cumulate, reprezintă cel puțin 10% din capitalul social al unui asigurător/reasigurător ori îi conferă acestuia cel puțin 10% din totalul drepturilor de vot în adunarea generală a acționarilor sau care are posibilitatea să exercite influențe semnificative asupra unui asigurător/reasigurător, broker de asigurare și/sau reasigurare în care are poziția semnificativă, după caz^[1].

Sanctiunea încălcării interdicției privind înstrăinarea participațiilor la capitalul social este *nulitatea*. Legea nu prevede felul nulității, dar având în vedere că scopul procedurii falimentului constă în satisfacerea creditorilor de asigurări, care reprezintă un interes general, și totodată multitudinea de asigurați pe care îi are o companie de asigurare/reasigurare, apreciem că nulitatea nu poate fi decât *absolută*. Potrivit normei analizate, persoanele vizate pot să înstrăineze acțiunile, însă au nevoie de avizul prealabil al A.S.F. și de aprobarea judecătorului-sindic.

Ca efect al interdicției, judecătorul-sindic va dispune indisponibilizarea acțiunilor deținute de persoanele avute în vedere de lege în registrul acționarilor ținut în condițiile Legii nr. 31/1990 sau în registrele independente, dacă societatea debitoare este tranzacționată pe o piață reglementată sau dacă recurge la un astfel de mod de deținere a registrului acționarilor. Se deduce că ceilalți acționari, care nu sunt semnificativi potrivit legii, sau care nu au deținut funcții de conducere, pot înstrăina acțiunile deținute la societatea debitoare în mod liber.

§2. Ridicarea dreptului de administrare al societății de asigurare debitoare

41. Un alt efect al deschiderii procedurii falimentului constă în *ridicarea dreptului de administrare* al societății de asigurare debitoare, conform prevederilor art. 255. Acest efect este pe deplin justificat, deoarece ca urmare a falimentului societatea debitoare va fi lichidată și, prin ipoteză, operațiunile de „administrare și conducere” lipsesc într-o astfel de procedură.

^[1] Pentru mai multe detalii, a se vedea V. Nemeș, op. cit., p. 38 și urm.

Ridicarea dreptului de administrare se realizează prin ridicarea dreptului administratorilor societății de a reprezenta societatea, de a administra bunurile și de a dispune de ele. Codul prevede că aceste drepturi se ridică administratorilor societății, dar se impune observația că textul nu este corelat cu prevederile Legii nr. 32/2000 și cu cele ale Legii nr. 31/1990, potrivit cărora societățile pe acțiuni, cum sunt și cele de asigurare, pot fi administrate și conduse în sistem unitar (clasic – compus din administrator și directori), dar și în sistem dualist, unde organele de conducere sunt consiliul de supraveghere și directoratul. Potrivit regulilor care cârmuiesc sistemul dualist de administrare și conducere al societății pe acțiuni, dreptul de reprezentare și de administrare aparține directoratului. În consecință, din economia legii se înțelege că exprimarea generală „membrii organelor de administrare și conducere ale societății de asigurare/reasigurare debitoare” include și directoratul, respectiv membrii directoratului, în calitatea de organ de conducere.

§3. Retragera autorizației de funcționare a societății de asigurare/reasigurare

42. Articolul 262 reglementează câteva efecte juridice care se produc ca urmare a deschiderii procedurii falimentului împotriva societății de asigurare/reasigurare debitoare și care vizează în principal „soarta” societății și a creditorilor de asigurări.

Efectul cu cel mai mare impact privește retragerea de către A.S.F. a autorizației de funcționare a societății de asigurare/reasigurare. *Retragerea autorizației de funcționare* pare a fi superfluă, deoarece oricum după deschiderea procedurii falimentului inclusiv debitorii din dreptul comun nu pot întreprinde activități și operațiuni noi, ci doar să le finalizeze pe cele aflate în curs de derulare. Tot astfel, și societatea de asigurare, odată intrată în faliment, nu poate încheia operațiuni de asigurare, chiar dacă autorizația de funcționare nu i-ar fi retrasă. Aceeași normă consacră și efectul realizării publicității procedurii de faliment în care se află asigurătorul falimentar. Această publicitate se realizează prin publicarea hotărârilor judecătoarei-sindic în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, și în cel puțin două ziare de circulație națională. Conținutul acestui alineat (2) va fi coroborat cu textul art. 252 referitor la aceeași măsură a publicității stării în care se află asigurătorul/reasigurătorul falimentar. Potrivit art. 252 din cod, în urma pronunțării hotărârii de deschidere a procedurii falimentului, lichidatorul judiciar comunică despre aceasta părților interesate, fondului de garantare, precum și oficiului registrului comerțului unde este înregistrată societatea de asigurare/reasigurare debitoare, în vederea efectuării mențiunii „societate de asigurare/reasigurare în faliment”. În cazul în care societatea de asigurare/reasigurare debitoare are deschise sucursale și/sau filiale în alte țări, A.S.F. comunică de îndată autorității de supraveghere din țara gazdă a sucursalei/filialei respective despre hotărârea privind deschiderea procedurii de faliment.

Retragerea autorizației nu poate împiedica pe lichidator să desfășoare unele operațiuni de asigurare/reasigurare „în măsura în care acest lucru este necesar sau adecvat, în scopul finalizării procedurii de faliment”, bineînțeles sub condiția avizului prealabil al A.S.F.

§4. Suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare sau extrajudiciare și a măsurilor de executare silită

43. La fel ca și în dreptul comun, un efect al deschiderii procedurii falimentului societății de asigurare îl reprezintă *suspendarea de drept a tuturor acțiunilor judiciare sau extrajudiciare și a măsurilor de executare silită* îndreptate împotriva societății de asigurare/reasigurare debitoare, în temeiul art. 262 alin. (4). În realitate, toate aceste acțiuni vor înceta pentru că, prin forța împrejurărilor, suspendarea presupune reluarea la un moment dat a acestor acțiuni, situație imposibilă în falimentul societăților de asigurare, știut fiind faptul că societatea debitoare nu mai poate reveni la existența normală de dinaintea falimentului. Creanțele specifice acestor acțiuni se vor înscrie în tabelul creanțelor după ce vor fi examinate de către lichidatorul judiciar.

În teza finală, alin. (4) consacră o veritabilă excepție de la principiul aplicării legii române asupra procedurii falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare autorizate în România. Așa cum am făcut mențiunea în cele anterioare, potrivit art. 245 alin. (2) procedura falimentului unei societăți de asigurare/reasigurare autorizate în România, precum și a succursalelor acesteia stabilite în alte state membre este guvernată de legea română în ceea ce privește regimul și aplicarea procedurii falimentului. O excepție de la aplicarea legii române o constituie efectele procedurii de faliment asupra procesului civil *pendente lite* privind un bun sau un drept de care a fost deposedată societatea, conferindu-se prioritate legii statului membru în care se află procesul în curs.

§5. Regimul juridic al creanțelor de asigurări

44. Penultimul alineat al art. 262 se preocupă de *regimul juridic al creanțelor de asigurări*, descriind procedura de înregistrare în tabelul creanțelor cu respectarea ordinii de preferință și/sau a cauzelor de preferință a acestora. Termenul-limită până la care poate fi depusă cererea de înregistrarea a creanțelor de asigurări este data întocmirii tabelului consolidat al creanțelor. Reamintim că, potrivit Legii nr. 503/2004, creanțele de asigurări sunt creanțele izvorâte din polițele de asigurare ori născute în legătură cu raporturile de asigurare aparținând beneficiarilor contractelor de asigurare și oricăror altor persoane terțe prin nerespectarea condițiilor de asigurare contractoare.

§6. Regularizarea contractelor

45. Contractele financiare calificate și operațiunile de compensare bilaterală în baza unui contract financiar calificat sau unui acord de compensare bilaterală încheiate de societatea de asigurare debitoare *se regularizează* după normele dreptului comun al procedurii insolvenței prevăzute la art. 89 din cod.

Secțiunea a 7-a. Efectuarea lichidării falimentare specifice societăților de asigurare/reasigurare

46. După pronunțarea hotărârii privind deschiderea procedurii falimentului, potrivit prevederilor art. 263, lichidatorul judiciar întocmește raportul prevăzut la art. 258 lit. a),

cu precizarea, între altele, și a propunerilor privind modalitățile concrete de lichidare a bunurilor și a drepturilor din patrimoniul debitoare, prevăzute la art. 258 lit. q).

Aceste precizări vor fi alăturate sau cuprinse în raportul pe care trebuie să îl întocmească lichidatorul judiciar în cel mult la 40 de zile de la data desemnării și care va cuprinde cauzele și împrejurările care au condus la starea de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă intrarea în faliment a societății de asigurare. Modalitățile concrete la care se referă acest raport sunt tranzacțiile privind cumpărarea de active și asumarea de pasive, vânzarea de bunuri și orice alte tehnici de valorificare a activelor societății.

În cazul în care, la propunerea lichidatorului judiciar, adunarea creditorilor aprobă *lichidarea prin tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive* prin care o societate de asigurare/reasigurare cu o situație financiară bună sau foarte bună să achiziționeze în tot sau în parte activele debitoare și să-și asume parțial sau total pasivele acesteia, lichidatorul judiciar va începe purtarea negocierilor pentru realizarea acestui obiectiv. În acest scop, lichidatorul judiciar va organiza ședințe de lucru cu societățile de asigurare interesate în vederea lichidării prin cumpărarea de active și asumarea de pasive. Procedura de negociere este confidențială și se va desfășura cu păstrarea secretului profesional privind informațiile referitoare la societatea de asigurare/reasigurare debitoare care face obiectul negocierii. În tăcerea codului, sancțiunea încălcării obligației de confidențialitate sub care se desfășoară ședințele constă în acoperirea prejudiciilor cauzate.

Transmiterea cererilor de ofertă, operațiune ce nu se întâlnește în dreptul comun al insolvenței, este reglementată la art. 264 din cod.

Textul legal vine în completarea prevederilor precedente și abordează modalitățile concrete de desfășurare a procedurii de negociere cu societățile de asigurare interesate privind cumpărarea de active și asumare de pasive din patrimoniul societății de asigurare debitoare. În concret, procedura de negociere începe prin transmiterea către societățile de asigurare/reasigurare interesate a unei *cereri de ofertă* privind cumpărarea de active și asumarea de pasive.

La fel ca și în cazul falimentului bancar, deși exprimarea este aproape identică, legiuitorul nu explică ce se înțelege prin „active” și „pasive” în sensul falimentului din domeniul asigurărilor. În atare situație, în accepțiunea noțiunii de „active”, pe lângă bunurile mobile, imobile, corporale sau incorporeale, precum și drepturile evaluabile în bani ce aparțin debitoare, mai intră și contractele și operațiunile de asigurare pe care societatea de asigurare/reasigurare le are în derulare cu diferiți asigurați, contractanți ai asigurării ori beneficiari ai raporturilor de asigurare. În ceea ce privește semnificația noțiunii de „pasive”, aceasta nu poate avea alt înțeles decât acela de „datorii” sau de „obligații” specifice raporturilor juridice din dreptul comun al obligațiilor. În consecință, ori de câte ori se face vorbire despre „preluarea de active”, legiuitorul are în vedere și contractele și operațiunile de asigurare pe care le are asigurătorul în derulare, iar când se referă la „asumarea de pasive” se au în vedere toate datoriile și obligațiile evaluabile în bani ale societății de asigurare falimentară. Se înțelege că toate aceste detalii privind activele și pasivele vor trebui să fie foarte bine precizate în cererea de ofertă de către lichidatorul judiciar, pentru ca asigurătorii interesați să poată aprecia viabilitatea cererilor de ofertă în deplină cunoștință de cauză.

Cu titlu de recomandare, după informarea potențialelor instituții achizitoare, lichidatorul va redacta o cerere de ofertă, în cuprinsul căreia vor trebui prevăzute, ca bună

practică, anumite elemente esențiale, și anume: categoriile de active și pasive care urmează să facă obiectul tranzacției, volumul, gradul de lichiditate și exigibilitatea acestora, valoarea de lichidare, respectiv prima stabilită de lichidator, care este în directă corelație cu calitatea activelor (curente sau cele „în suferință”) și pasivelor, precum și termenul în care trebuie depusă oferta de achiziție, elementele cuprinse în registrul special al activelor admise să acopere rezervele tehnice.

Cererea de ofertă se comunică în regim de confidențialitate și cuprinde descrierea detaliată a categoriilor de active și pasive ce urmează a fi transmise, valoarea de lichidare, termenul de înaintare a ofertelor societăților de asigurare și elementele cuprinse în registrul special al activelor admise să acopere rezervele tehnice. Codul nu prevede, în mod expres, însă se înțelege că societățile de asigurare interesate în achiziționarea de active și asumarea de pasive pot solicita date și informații suplimentare cu privire la tranzacția față de care manifestă interes. Societățile de asigurare/reasigurare eligibile interesate vor comunica răspunsul lor în termen de 10 zile de la data primirii cererii de ofertă. Lichidatorul judiciar va analiza ofertele primite, după care le va transmite spre avizare A.S.F., în conformitate cu prevederile art. 265 din cod.

În cazul în care încercările lichidatorului de lichidare a valorii debitorului prin cumpărarea de active și asumarea de pasive eșuează, în sensul că fie ofertele nu sunt corespunzătoare cerințelor de fezabilitate, fie acestea nu sunt avizate de A.S.F., lichidarea se va face prin *vânzarea bunurilor* (clădirilor, terenurilor, aparaturilor etc.), precum și prin orice alte tehnici de valorificare a activelor societății, cum ar fi *cesiunile de creanță* sau *novațiile* realizate în interesul cesiunii la o valoare negociată. Codul face vorbire la art. 265 despre „alte modalități prevăzute de prezentul titlu” referindu-se la Titlul II, cel care constituie dreptul comun al insolvenței, astfel încât devin incidente dispozițiile art. 154 și urm.

În continuarea procedurii, lichidatorul va analiza ofertele, aplicând *principiul costului minim presupus* și va avea în vedere aprobarea A.S.F., cu privire la instituțiile eligibile, urmând ca, totodată, să respecte și prevederile Legii nr. 21/1996 raportat la notificarea Consiliului Concurenței.

Secțiunea a 8-a. Distribuirea. Plata creditorilor de asigurări

47. Scopul procedurii falimentului societății de asigurare/reasigurare îl constituie satisfacerea drepturilor creditorilor de asigurări. De aceea, un efect principal al deschiderii procedurii falimentului îl reprezintă *plata creanțelor* creditorilor de asigurări. Așa cum precizam și la începutul capitolului cu privire la particularitățile falimentului societății de asigurare, consumatorii raporturilor de asigurare sunt cei mai bine protejați dintre toți creditorii participanți la o procedură de insolvență. Aceasta deoarece, în caz de faliment al unui asigurător/reasigurător, creanțele creditorilor de asigurări sunt acoperite în întregime din fondul de garantare. Merită a fi reținută din acest punct de vedere diferența dintre consumatorii raporturilor de asigurare și consumatorii produselor și serviciilor bancare, unde fondul de garantare în domeniul bancar acoperă creanțele clienței bancare doar până la limita sumei de 100.000 euro.

Fondul de garantare va efectua, conform dispozițiilor art. 266, plăți în vederea achitării sumelor cuvenite clienților de asigurări începând cu data rămânării definitive a hotărârii de deschiderea a procedurii falimentului. Efectul plății sumelor de bani din Fondul

de garantare se naște din lege, prin urmare, nu este necesară aprobarea judecătorului-sindic în acest sens și nici avizarea A.S.F.

Creditorii de asigurări ale căror creanțe au fost plătite de Fondul de garantare nu mai pot înregistra cereri și/sau să mai solicite valorificarea creanțelor în cadrul procedurii falimentului, pentru că astfel aceștia ar realiza o dublă acoperire a creanțelor. Se înțelege că interdicția operează doar asupra creanțelor plătite de Fondul de garantare, pentru că, dacă prin ipoteză creditorul are mai multe creanțe de asigurare, spre exemplu este o societate reglementată de Legea nr. 31/1990 sau o altă entitate care are asigurat parcul auto și pe parcursul procedurii survin daune cu privire la mai multe autovehicule, acestea vor fi creanțe distincte corespunzătoare fiecărei daune, iar unele dintre aceste creanțe sau daune pot fi acoperite de fondul de garantare, pe când altele să fie înregistrate în tabelul de creanțe în procedura falimentului. Creditorii ale căror creanțe au fost plătite de două ori vor fi obligați la restituirea sumelor încasate în mod necuvenit.

Caracterul de protecție al normelor care legiferează consumatorii produselor și serviciilor de asigurări se verifică și în procedura sau cu prilejul acoperirii creanțelor din averea societății debitoare. În concret, codul prevede la art. 267 că au *prioritate absolută*, față de orice altă creanță, creanțele de asigurări, în ceea ce privește activele admise să reprezinte rezervele tehnice ale societății debitoare aflate în procedura de faliment. Creanțele de asigurări care nu pot fi îndeplinite din activele rezervelor tehnice vor fi acoperite din valorificarea celorlalte active, iar în lipsă, din Fondul de garantare.

Fondul de garantare acoperă creanțele de asigurări în virtutea principiului protecției consumatorilor produselor și serviciilor de asigurări, iar nu ca obligație proprie. De aceea, plățile făcute de către fond reprezintă obligații ale asigurătorului falimentar, fiind deci achitate sau acoperite în numele și pe seama acestuia. Caracterul independent și statutul juridic de autoritate distinctă a Fondului de garantare conferă acestuia legitimare procesuală activă să solicite acoperirea, din averea societății de asigurare debitoare, a creanțelor pe care le-a plătit creditorilor de asigurări. Codul califică creanțele Fondului de garantare drept creanțe de asigurări și, drept consecință, acestea vor fi satisfăcute, la fel ca și celelalte creanțe de asigurări, cu prioritate absolută din valorificarea activelor admise să reprezinte rezervele tehnice a societății de asigurare/reasigurare falimentare.

Secțiunea a 9-a. Răspunderea organelor de conducere ale societății de asigurare/reasigurare

48. În mod similar procedurii din dreptul comun, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte din pasivul societății de asigurare/reasigurare ajunsă în stare de insolvență să fie suportată de către *membrii organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății de asigurare/reasigurare debitoare, precum și de orice altă persoană care a contribuit la ajungerea în stare de insolvență a asigurătorului/reasigurătorului*.

Astfel, se reglementează legitimarea activă pentru promovarea acțiunilor privind tragerea la răspundere a persoanelor care au cauzat starea de insolvență a societății de asigurare/reasigurare debitoare. Se observă că legiuitorul atribuie *legitimare procesuală activă*, în acest sens, tuturor participanților la procedura falimentului, inclusiv A.S.F. Cererile de atragere a răspunderii persoanelor care au cauzat starea de insolvență vor fi soluționate de către judecătorul-sindic, în cadrul unui singur dosar sau prin constituirea unor dosare separate în acest scop.

Faptele pentru care se poate antrena răspunderea sunt menționate la art. 268 și se suprapun parțial cu cele din dreptul comun, respectiv lit. a)-g) sunt aproape identice cu cele de la art. 169, cu specificarea că privesc societățile de asigurare/reasigurare.

Suplimentar față de faptele din dreptul comun, apar *fapte specifice* sectorului de asigurare/reasigurare, respectiv următoarele:

a) au întocmit situații financiare anuale, alte situații contabile ori raportări, cu nerespectarea prevederilor legale;

b) nu au îndeplinit sau au îndeplinit în mod necorespunzător măsurile administrative de redresare financiară aplicate de A.S.F. ori, după caz, au dat dispoziții fără avizul sau aprobarea acestei autorități, conducând astfel la starea de insolvență și la deschiderea procedurii de faliment împotriva societății de asigurare/reasigurare;

c) în cadrul acțiunilor interne de verificare, nu au identificat și/sau nu au sesizat, din culpa acestora, faptele care au condus la fraude și/sau la o gestiune defectuoasă a patrimoniului societății de asigurare/reasigurare.

Articolul 269 dispune că sumele obținute potrivit dispozițiilor art. 268 intră în patrimoniul societății de asigurare/reasigurare debitoare și sunt destinate plății datoriilor acesteia, potrivit legii.

Textul art. 269 are corespondent în conținutul art. 171 din cod și are ca obiect regimul juridic al sumelor obținute de la persoanele care au cauzat starea de insolvență a societății de asigurare/reasigurare. O constatare care se impune este aceea că, spre deosebire de dreptul comun al răspunderii în procedura insolvenței, reglementat de art. 169 și urm. din cod, se prevede că persoanele chemate să răspundă vor suporta *doar o parte din pasivul societății debitoare*, iar nu în întregime, ca în cazul celorlalți debitori din dreptul comun. Credem că este o scăpare a legiuitorului, deoarece *răspunderea trebuie să fie integrală*, raportată desigur la contribuția fiecărui participant, iar nu limitată la o parte din patrimoniul asiguratorului insolvent.

Sumele obținute ca urmare a valorificării acțiunilor de răspundere exercitate împotriva persoanelor care au cauzat starea de insolvență intră în averea societății debitoare, urmând a fi folosite pentru satisfacerea, cu prioritate, a creanțelor creditorilor de asigurări.

În vederea pronunțării hotărârii de obligare a persoanelor prevăzute la art. 268 la plata parțială a pasivului societății de asigurare/reasigurare în insolvență, judecătorul-sindic poate fi sesizat de către lichidatorul judiciar, de oricare dintre creditorii de asigurări, de A.S.F., precum și de președintele comitetului creditorilor, în condițiile art. 169 alin. (2). Pe baza actelor din dosarul cauzei, judecătorul-sindic poate încuviința instituirea unor măsuri asiguratorii.

Executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 268 se efectuează potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă, cu excepția cazurilor când prin lege se dispune altfel.

Secțiunea 10-a. Închiderea procedurii

49. Procedura falimentului societății de asigurare/reasigurare se închide, prin hotărâre a judecătorului-sindic, la solicitarea lichidatorului judiciar, în situația în care se constată existența unuia dintre cele 4 cazuri expres prevăzute la art. 271 din cod.

Textul respectiv reglementează *cazurile de închidere a procedurii falimentului societății de asigurare/reasigurare* în situația în care în patrimoniul acesteia există *resurse* din

care să fie satisfăcuți creditorii acesteia. Unele dintre cazurile de închidere a procedurii sunt identice cu cele prevăzute la art. 175 din cod, respectiv este vorba de închiderea procedurii când judecătorul-sindic a aprobat raportul final, când toate fondurile și/sau bunurile din averea debitorului au fost distribuite, motiv pentru care nu insistăm asupra lor, ci facem trimitere la explicațiile aferente art. 175 alin. (2) din cod.

În ceea ce privește cel de-al treilea caz de închidere a procedurii, cel al plății creanțelor creditorilor de asigurări (creanțele creditorilor de asigurări au fost plătite în baza unui acord ori a unei alte măsuri asemănătoare), precizarea care se impune este că, așa cum arătam și la începutul capitolului cu privire la specificul dificultăților financiare ale societăților de asigurare/reasigurare, creditorii de asigurări sunt întotdeauna satisfăcuți, deoarece, de la data deschiderii procedurii falimentului, Fondul de garantare va efectua plăți către acești creditori. În consecință, în împrejurarea în care în averea debitorului nu sunt suficiente fonduri sau bunuri din care să fie achitate creanțele creditorilor de asigurări, acestea vor fi acoperite, în întregime, din Fondul de garantare.

Al patrulea caz de închidere a procedurii este acela în care au fost recuperate toate sumele plătite de către Fondul de garantare creditorilor de asigurări. Așa cum am precizat și în cele de mai sus, Fondul de garantare acoperă creanțele creditorilor de asigurări nu ca o obligație proprie, ci în virtutea protecției consumatorilor produselor de asigurare/reasigurare.

Mai exact, Fondul de garantare face plăți în numele și pe seama societății de asigurare debitoare, din care cauză este îndreptățit să-și recupereze în totalitate aceste sume din averea societății de asigurare falimentară.

Codul insolvenței prevede că hotărârea de închidere a procedurii falimentului se notifică tuturor părților implicate în proces. Se înțelege că hotărârea va fi notificată inclusiv A.S.F. În situația puțin probabilă în care, în urma lichidării bunurilor din averea societății de asigurare/reasigurare debitoare, rămân anumite sume de bani, acestea vor fi depuse în Fondul de garantare, iar nu în Fondul de lichidare prevăzut în art. 39 din cod.

50. În cuprinsul art. 272 din cod, similar cu dreptul comun al insolvenței (art. 174), se arată că în orice stadiu al procedurii, judecătorul-sindic poate pronunța o *hotărâre de închidere a procedurii*, dacă se constată că nu există active în patrimoniul societății de asigurare/reasigurare debitoare ori că acestea sunt insuficiente pentru acoperirea cheltuielilor administrative și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele necesare.

Lipsa resurselor financiare necesare acoperirii cheltuielilor administrative determină, în orice stadiu al procedurii, închiderea acesteia. Astfel, dacă se constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative (cheltuielile ocazionate de desfășurarea procedurii insolvenței) și niciun creditor nu se oferă să avanseze sumele corespunzătoare, judecătorul-sindic va da o sentință de închidere a procedurii, prin care se dispune, totodată, și radierea debitorului din registrul în care este înmatriculat.

Trebuie observat că, spre deosebire de articolul precedent, acest text are în vedere situația închiderii procedurii falimentului unei companii de asigurări pentru lipsa fondurilor bănești necesare continuării și finalizării operațiunilor de lichidare a averii debitorului. Este aproape imposibil de întâlnit în practică situații în care în patrimoniul unei companii de asigurare/reasigurare să nu existe sume de bani măcar pentru continuarea procedurii falimentului, având în vedere supravegherea prudențială continuă pe care este obligată să o exercite A.S.F. Este suficient să ne referim în acest sens doar la rezer-

vele tehnice pe care este obligat orice asigurător/reasigurător să le preconstituie pentru viabilitatea sistemului de asigurări și protecția asiguraților. Întrucât, așa cum am arătat, cazurile de închidere a falimentului sunt identice cu cele reglementate de art. 174 din cod, pentru celelalte aspecte facem trimitere la explicațiile aferente acestui articol.

Secțiunea a 11-a. Corelație între atribuțiile B.N.R. și atribuțiile A.S.F. în procedura falimentului

51. Având în vedere faptul că atribuțiile fiecăreia dintre instituțiile indicate mai sus vor fi analizate în detaliu în capitolele aferente, ne vom limita la indicarea câtorva *asemănări/deosebiri* relevante între acestea, ce au fost instituite sau, după caz, consacrate prin intrarea în vigoare a Codului insolvenței.

Astfel, art. 216 stabilește, ca o condiție prealabilă introducerii cererii de deschidere a procedurii falimentului, obținerea, de către titularul cererii, a aprobării B.N.R. În situația formulării cererii de deschidere a procedurii falimentului de către însăși instituția de credit, aceasta are obligația de a obține aprobarea B.N.R. pentru introducerea cererii în termen de maxim 10 zile de la apariția stării de insolvență, respectând în același timp și termenul maxim de 30 de zile de la apariția stării de insolvență, pentru depunerea cererii către tribunalul competent.

Trebuie notat faptul că B.N.R., în calitatea sa de autoritate competentă cu privire la reglementarea, autorizarea, supravegherea prudențială și rezoluția instituțiilor de credit, poate respinge solicitarea de aprobare a introducerii cererii de deschidere a procedurii falimentului și dispune instituirea administrării speciale, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute pentru această procedură.

În comparație, în situația formulării cererii de deschidere a procedurii falimentului față de o societate de asigurare/reasigurare, în prealabil depunerii acesteia către instanța competentă, solicitantul, fie el unul dintre creditorii societății de asigurare/reasigurare debitoare, fie chiar aceasta din urmă, trebuie să înainteze cererea către A.S.F., în vederea depunerii întâmpinării obligatorii, conform prevederilor art. 248 alin. (1) din cod.

Prin această întâmpinare, A.S.F. va comunica dacă societatea de asigurare/reasigurare face sau nu obiectul unei proceduri de redresare financiară și dacă există sau nu posibilități reale de restabilire a situației financiare a societății și de plată a creanțelor tuturor creditorilor acesteia, în cadrul unei proceduri de redresare financiară.

În concret, în ambele situații, lipsa, după caz, a aprobării B.N.R. pentru introducerea cererii de deschidere a procedurii falimentului sau a întâmpinării formulate de A.S.F. echivalează cu neîndeplinirea unei condiții *sine qua non* pentru înregistrarea cererii, fapt ce va conduce, invariabil, la respingerea solicitării de înregistrare.

În temeiul prevederilor art. 221 din cod, împotriva cererii de deschidere a procedurii falimentului se va putea formula o contestație în termen de 10 zile de la data comunicării cu privire la înregistrare. Judecătorul-sindic este obligat să se pronunțe asupra contestației în termen de 10 zile de la înregistrarea acesteia, iar hotărârea sa este executorie. Conform art. 207 alin. (2), hotărârea judecătorul-sindic va putea fi atacată numai cu apel, în termen de 7 zile de la comunicare.

În cazul în care apelul vizează deschiderea procedurii falimentului împotriva instituției de credit, hotărârea atacată nu va putea fi suspendată de către curtea de apel.

În mod similar, conform art. 250 din cod, contestația împotriva cererii de deschidere a procedurii falimentului pentru societatea de asigurare/reasigurare va putea fi introdusă în termen de cel mult 5 zile de la data primirii notificării cu privire la înregistrarea cererii. Contestația se va judeca cu celeritate și precădere, iar împotriva soluției judecătorului-sindic se poate formula apel, în condițiile art. 256, adică în termen de 7 zile de la comunicarea hotărârii, realizată prin publicare în BPI.

Conform dispozițiilor art. 212 din Codul insolvenței, B.N.R. are dreptul să transmită judecătorului-sindic și/sau lichidatorului judiciar, oricând în cursul procedurii falimentului, punctul său de vedere sau informațiile pe care le consideră relevante.

Atât B.N.R., cât și A.S.F., în temeiul prevederilor art. 207, art. 215, art. 251 și art. 260 din cod, avizează numirea și pot propune sau aviza înlocuirea lichidatorului judiciar, cu mențiunea că, în cazul A.S.F., înlocuirea lichidatorului se poate aviza numai în caz de încălcare gravă a atribuțiilor, pe când, în cazul B.N.R., înlocuirea poate fi dispusă pentru motive temeinice, fără ca acestea să îmbrace exclusiv forma încălcării grave a atribuțiilor.

În plus, B.N.R. are dreptul și obligația ca, de la data înregistrării cererii privind deschiderea falimentului față de instituția de credit, să numească și/sau să revoce, în temeiul art. 220 din cod, administratorul interimar al instituției în cauză.

De asemenea, după deschiderea procedurii falimentului față de instituția de credit, pe baza informațiilor primite din partea lichidatorului judiciar privind banca comercială și conturile tip instituție de credit în faliment în lei și valută deschise la aceasta, B.N.R. va proceda la închiderea imediată a conturilor instituției de credit debitoare și la transferul imediat în conturile tip instituție de credit în faliment a disponibilităților instituției de credit, aflate în evidențele sale.

În ambele situații, în baza prevederilor art. 226, art. 230 și art. 258 lit. q), lichidatorul judiciar este obligat să procedeze la consultarea B.N.R./înștiințarea Fondului de garanțare cu privire la modalitatea de lichidare prin tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive, precum și la obținerea aprobării B.N.R. privind alegerea ofertei instituției/instituțiilor de credit cu care urmează să se încheie convenția de cumpărare de active și asumare de pasive/organizarea, în acest scop, a unei ședințe de informare cu toate societățile de asigurare/reasigurare considerate de A.S.F.

Analizând cuprinsul art. 236 și art. 270 din cod, trebuie menționat faptul că, alături de alte categorii interesate, atât B.N.R., cât și A.S.F. pot sesiza judecătorul-sindic în vederea luării de măsuri asigurătorii, atunci când această abordare se impune.

CAPITOLUL XIX. INSOLVENȚA TRANSFRONTALIERĂ

Secțiunea 1. Noțiune

1. *Criza financiară* actuală, declanșată de dificultăți ale unor mari corporații cu sedii sau care desfășoară activități economice pe teritoriul mai multor state ori chiar pe mai multe continente, confirmă o dată în plus, ceea ce s-a susținut în doctrină, că insolvența, în forma ei actuală, „este o consecință inevitabilă a globalizării”^[1]. Imposibilitatea onorării obligațiilor a existat încă din cele mai vechi timpuri, dar consecințele erau limitate în spațiu și timp. Acum incapacitatea de plată a unui debitor poate produce efecte pe teritoriul mai multor state și să afecteze numeroase persoane.

Un sistem unic armonizat în domeniul insolvenței care să fie aplicabil în orice țară este greu de conceput. Fiecare stat are o reglementare proprie, adaptată specificităților sale. În consecință, modalitatea stabilirii jurisdicției și legii aplicabile trebuie cunoscută, având în vedere că activitățile economice au din ce în ce mai mult componente *transfrontaliere*.

În doctrina juridică s-a pus problema dacă globalizarea comercială și economică nu antrenează și nașterea unei noi ordini juridice care să o reglementeze sau, mai precis, să o disciplineze^[2]. Un spațiu juridic unitar este dificil de realizat, chiar dacă se fac eforturi pentru armonizarea legislației în anumite domenii, iar reglementarea rezolvării situațiilor de insolvență cu *elemente de extraneitate* este unul dintre acestea. Reglementările specifice *dreptului comerțului internațional* au o dublă finalitate: simplificarea și accelerarea operațiunilor comerciale și, respectiv, ocrotirea creditului, atât în interesul creditorilor, cât și în interesul debitorilor^[3]. Regulile (atât cele din legislația română, cât și cele europene) privind reglementarea raporturilor de *drept internațional privat* în domeniul insolvenței încearcă să o atingă.

Din punct de vedere practic, importanța subiectului este dată de faptul că el cunoaște o largă aplicare în jurisprudență și în legislație. În prezent, instanțele judecătorești, dar și ceilalți practicieni ai dreptului, precum și mediul de afaceri se confruntă cu tot mai multe probleme generate de insolvența cu element de extraneitate. Globalizarea comerțului a condus la extinderea activității agenților economici în mai multe state, aceștia au unul sau mai multe sedii în alte țări decât cea în care se află *centrul principalelor interese*, au bunuri în patrimoniu situate în mai multe state, încheie contracte de muncă și comerciale cu parteneri din țări diferite.

Dificultățile economice și financiare în care se află un astfel de comerciant afectează pe toți cei care, într-un fel sau altul, au legătură cu acesta. Procedura insolvenței, deși inițial a fost concepută ca o procedură de *executare silită*, prin care se urmărea recuperarea creanței față de debitor, apelându-se la forța de constrângere a statului, la fel ca și în procedura de executare silită din dreptul comun, pe parcurs a devenit și un mijloc de

^[1] Gh. Piperea, *Insolvența: legea, regulile, realitatea*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 772.

^[2] S. Cassese, *L'ordre juridique global, în Études en l'honneur de Gerard Timst*; Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 7-9.

^[3] Gh. Stancu, *Internaționalizarea raporturilor juridice contractuale*, în *Dreptul* nr. 5/2008, p. 52-62.

protecție a societății, în sens larg. În timpurile de azi, eșecul, prăbușirea, ruina debitorului nu mai este privită ca o problemă particulară, privată, între debitor și creditorii săi, ci drept una a întregii societăți.

În încercarea rezolvării situației insolvenței unei persoane pot să apară probleme legate de existența unor elemente de extraneitate. Cazurile de insolvență cu elemente de extraneitate – *insolvență transfrontalieră* – sunt din ce în ce mai numeroase. O lege unică de soluționare a cazurilor de insolvență nu este posibilă, deci se încearcă o armonizare a sistemelor de drept naționale în domeniu.

Când un agent economic care își desfășoară activitatea în mai multe state sau are parteneri contractuali în mai multe țări ajunge în insolvență, se pune problema identificării instrumentelor eficiente de *cooperare* în această materie.

În acest context, orice persoană juridică română aflată în dificultate, care are o filială, reprezentanță, sucursală, punct de lucru în afara granițelor țării, poate genera probleme privind *conflictele de jurisdicție și determinarea legii aplicabile* în materia insolvenței. La fel, desfășurarea activității unor puncte de lucru (denumite puncte de lucru în sens larg, ce au activități de o mai mică sau mai mare amploare, indiferent cum se cheamă, sucursale, sedii secundare ori permanente, filiale sau locuri în care societatea are unul sau mai mulți angajați sau bunuri supuse publicității etc.) ale unor societăți străine pe teritoriul României poate fi afectată de insolvența „societății mamă”.

De asemenea, un agent economic poate avea bunuri pe teritoriul mai multor state sau există contracte încheiate cu persoane fizice sau juridice cu sediul/domiciliul în țări diferite de cea în care își are debitorul centrul principalelor interese.

În consecință, se poate defini *insolvența transfrontalieră* ca fiind procedura de insolvență cu unul sau mai multe elemente de extraneitate^[1].

Secțiunea a 2-a. Reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței

2. S-a arătat în doctrină că „normele conflictuale din domeniul comerțului internațional intră în conținutul *dreptului internațional privat*, și anume, al unui domeniu al acestuia care este *dreptul internațional privat comercial*, iar nu în *dreptul comerțului internațional*, care este în principal un drept material”^[2].

Dreptul *insolvenței transfrontaliere* este parte componentă atât a dreptului internațional privat, cât și a dreptului comerțului internațional, el având o serie de particularități specifice. Raporturile juridice din cadrul relațiilor internaționale au, în esență, aceeași structură ca și raporturile de drept intern. Ele se deosebesc de raporturile juridice de drept intern în materia analizată prin conținerea unui „element străin”, a unui „*element de extraneitate*”, iar în funcție de acesta se determină regimul lor juridic. Raportul de drept internațional privat comercial este un raport de drept privat în domeniul comercial, cu un element de extraneitate.

Reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței se realizează, în prezent, în România, prin Codul insolvenței, în Titlul III, intitulat „Insolvența

^[1] M. Dogar (Comșa) – Insolvența transfrontalieră, Teză de doctorat susținută la Universitatea din București – Facultatea de Drept, 2011, p. 105-109.

^[2] D.Al. Sitaru, Drept internațional privat, Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 23-24.

transfrontalieră”, și prin Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență^[1].

Potrivit art. 273 alin. (2) din Codul insolvenței, raporturile de drept internațional privat în materia insolvenței reprezintă acele raporturi de drept privat cu element de extraneitate, care sunt supuse soluționării ca urmare a deschiderii unei proceduri de insolvență și în condițiile stabilite de aceasta. Reglementarea din Titlul III al Codului insolvenței cuprinde: a) norme pentru *determinarea legii aplicabile* unui raport de drept internațional privat în materia insolvenței; b) norme de procedură în litigii privind raporturile de drept internațional privat în materia insolvenței; c) norme privind condițiile în care autoritățile române competente solicită și, respectiv, acordă asistență cu privire la procedurile de insolvență deschise pe teritoriul României sau al unui stat străin.

În cazul insolvenței unei persoane – fizice sau juridice – pot să apară probleme legate de existența unor elemente de extraneitate. Acest element de extraneitate poate consta în una dintre următoarele situații:

a) comerciantul are unul sau mai multe sedii în alte state decât în statul în care se află centrul principalelor interese; *centrul principalelor interese* ale debitorului este, până la proba contrarie, după caz: sediul principal al persoanei juridice, domiciliul profesional al persoanei fizice care exercită o activitate economică sau o profesie independentă, reședința/domiciliul persoanei fizice (consumator) care nu exercită o activitate economică sau o profesie independentă. Potrivit art. 5 pct. 57 din Codul insolvenței, „sediul este orice punct de lucru în care debitorul exercită, cu mijloace umane și materiale și cu caracter netranzitoriu, o activitate economică sau o profesie independentă”.

b) un agent economic are bunuri pe teritoriul mai multor state;

c) există contracte încheiate cu persoane fizice sau juridice cu sediul/domiciliul în țări diferite de cea în care își are debitorul centrul principalelor interese.

Secțiunea a 3-a. Conflictele de jurisdicție în materia insolvenței transfrontaliere

3. Insolvența transfrontalieră ridică trei mari probleme generate de *conflictele de jurisdicție* în această materie: *stabilirea instanței căreia îi aparține competența jurisdicțională; determinarea legii aplicabile* procedurii insolvenței și *efectele ce trebuie recunoscute unei hotărâri judecătorești pronunțate într-un alt stat în materia insolvenței*.

Procedura insolvenței este, în esență, un proces civil, cu particularitățile aferente, conferite de caracterul concursual al acesteia și scopul urmărit. Un proces civil cu *elemente de extraneitate* se soluționează astfel: se determină instanța competentă să soluționeze litigiul (competența în dreptul internațional privat), se determină legea procedurală aplicabilă și apoi se soluționează *conflictul de legi* (se determină legea aplicabilă raportului juridic dedus judecății).^[2]

Pe lângă determinarea instanței competente să soluționeze litigiul, a legii procedurale aplicabile și, apoi, stabilirea legii aplicabile raportului juridic dedus judecății, se impune și stabilirea efectelor recunoscute unei hotărâri judecătorești pronunțate într-un alt stat

^[1] Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență (J.O.C.E. nr. L 160 din 30 iunie 2000) este aplicabil direct în România de la 1 ianuarie 2007, data aderării țării noastre la Uniunea Europeană.

^[2] I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de drept internațional privat*, ed. revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2005, p. 422.

în materia insolvenței. Nu doar la soluționarea unei *cereri de deschidere a procedurii* de insolvență se pot ivi elemente de extraneitate ce pun probleme de *drept internațional privat*, ci și pe parcursul desfășurării unei astfel de proceduri – creditori străini ce depun declarații de creanță sau formulează *opoziții*, asociați/acționari cetățeni ai altui stat ce trebuie să-și desemneze reprezentant, bunuri ale debitorului supuse executării ce se află pe teritoriul altor țări, contracte în derulare cu parteneri străini, administratori sau alte organe de conducere de altă cetățenie sau naționalitate decât cea română, față de care se poate cere atragerea răspunderii etc.

Există, astfel, trei probleme care trebuie rezolvate în cazul insolvenței transfrontaliere, respectiv: *competența jurisdicțională*, *competența legislativă* și efectele recunoscute unei hotărâri judecătorești pronunțate într-un alt stat în materia insolvenței.

Secțiunea a 4-a. Stabilirea instanței căreia îi aparține competența jurisdicțională

4. În cazul unui proces cu *elemente de extraneitate* ce are ca obiect deschiderea unei proceduri de insolvență, primul pas este determinarea instanței competente să soluționeze litigiul. Deci, trebuie stabilită instanța căreia îi aparține *competența jurisdicțională*.

În consecință, mai înainte de a ști ce lege se aplică raportului juridic dedus judecății, o instanță trebuie să se pronunțe cu prioritate asupra propriei sale competențe. Art. 1070 alin. (1) NCPC prevede că „(1) Instanța sesizată verifică din oficiu competența sa internațională, procedând conform regulilor interne privind competența, iar dacă stabilește că nu este competentă nici ea, nici o altă instanță română, respinge cererea ca nefiind de competența jurisdicției române, sub rezerva aplicării prevederilor art. 1.069. Hotărârea instanței este supusă recursului la instanța ierarhic superioară”, iar alin. (2) arată că „Ne-competența internațională a instanței române poate fi invocată în orice stare a procesului, chiar și direct în căile de atac”. Deși textul menționează că prevederile art. 1.066 privind prorogarea voluntară de competență rămân aplicabile, în materia analizată părțile nu pot conveni valabil asupra jurisdicției.

Potrivit dispozițiilor art. 131 NCPC, judecătorul este obligat să verifice din oficiu dacă instanța sesizată este competentă general, material și teritorial să judece pricina și să se pronunțe prin încheiere asupra acestui aspect.

Se numește *conflict internațional de jurisdicții* sau conflict de competențe judecătorești „situația în care instanțe a două sau mai multe țări par a fi chemate să soluționeze litigiul”^[1], situație în care, dat fiind elementul sau elementele de extraneitate ale unui raport juridic, instanța sesizată trebuie să decidă dacă este competentă să judece acel litigiu sau ar trebui să decline competența în favoarea instanței altei țări. Instanța judecătorească învestită cu soluționarea litigiului cu element de extraneitate își determină competența de a soluționa un litigiu de drept internațional privat după propria normă juridică, procedura este supusă *legii forului*, iar efectele hotărârilor judecătorești străine se determină, de asemenea, după norma juridică proprie. Se aplică aici principiul „normele conflictuale sunt ale legii forului”. De exemplu, o instanță de judecată din România sesizată va aplica normele conflictuale române.

Titlul III al Codului insolvenței conține norme de *drept internațional privat* în materia insolvenței. Aceste norme nu sunt menite să ducă la soluționarea litigiului în mod direct,

[1] T.R. Popescu, *Drept internațional privat*, Ed. Romfel SRL, București, 1994, p. 17 și 35.

ci doar indirect, prin arătarea legii aplicabile după soluționarea conflictului de jurisdicție. Din acest punct de vedere, acest titlu din Codul insolvenței este, în esență, un act normativ de drept internațional privat^[1], deoarece cuprinde norme pentru determinarea legii aplicabile unui raport de drept internațional privat în materia insolvenței, norme de procedură în aceeași materie, precum și norme privind condițiile în care autoritățile române competente solicită și/sau acordă asistență cu privire la proceduri de insolvență cu elemente de extraneitate. Norma de drept internațional privat arată care este sistemul de drept aplicabil, determină câmpul de aplicare a dreptului intern, respectiv a dreptului străin, ținând seama de coexistența unor sisteme juridice de valoare egală. Normele respective nu se preocupă de reglementarea pe fond, substanțială, a raporturilor juridice.

Majoritatea statelor au stabilit, prin legile naționale care reglementează raporturile de drept internațional privat în domeniul insolvenței, că, pentru deschiderea procedurii de *faliment*, competența revine instanței statului pe teritoriul căruia este situat *centrul principalelor interese al debitorului*, care este prezumat a fi sediul social. Așadar, punctul de legătură care trebuie căutat printre elementele raportului juridic în materia analizată este „centrul principalelor interese ale debitorului”.

5. Între statele membre ale Uniunii Europene se aplică Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență^[2], regulament direct aplicabil^[3] și în România de la 1 ianuarie 2007, care, în art. 3, prevede în mod expres că instanțele din statul membru pe teritoriul căruia se află *centrul intereselor principale* ale unui debitor sunt competente să deschidă procedura de insolvență. În cazul unei societăți sau persoane juridice, centrul intereselor principale este prezumat a fi, până la proba contrarie, locul unde se află *sediul social*. Dacă centrul intereselor principale ale unui debitor este situat pe teritoriul unui stat membru, instanțele unui alt stat membru sunt competente să deschidă o procedură de insolvență împotriva acestui debitor numai dacă acesta are un sediu pe teritoriul acestui din urmă stat membru. Efectele acestei proceduri se limitează la bunurile debitorului situate pe teritoriul celui de-al doilea stat membru.

Regulamentul nu este aplicabil instituțiilor financiare, acestea fiind excluse din sfera sa de aplicare. În privința societăților de asigurare și *instituțiilor de credit* au fost adoptate Directiva nr. 2001/17/CE din 19 martie 2001 privind reorganizarea și lichidarea societăților de asigurare și Directiva nr. 2001/24/CE din 4 aprilie 2001 privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit.

În anul 2004, Curtea de Justiție a Comunităților (în prezent, a Uniunii – *n.n.*) Europene a fost sesizată cu o *întrebare preliminară* cu privire la interpretarea Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000, respectiv a art. 3 alin. (1) teza a II-a, de către Curtea Supremă din Irlanda^[4].

Starea de fapt aflată la originea litigiului era următoarea: Eurofood IFSC Ltd a fost înmatriculată în anul 1997 în Irlanda ca o filială 100% a Parmalat SpA, societate italiană (înființată conform legii italiene și care-și desfășoară activitatea potrivit dreptului italian). În data de 24 decembrie 2003 Parmalat SpA Italia a fost supusă de guvernul italian unei proceduri de administrare extraordinare, în baza aplicării Decretului-lege

[1] D. Al. Sitaru, *Dreptul comerțului internațional*. Tratat. Partea generală, Ed. Universul Juridic, 2008, p. 197.

[2] Regulamentul este aplicabil în statele membre ale Uniunii Europene, excepție făcând Danemarca.

[3] A. Fuerea, *Manualul Uniunii Europene*, ed. a V-a revăzută și adăugită după Tratatul de la Lisabona (2007/2009), Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 155.

[4] Cauza C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, Hotărârea Curții (Marea Cameră) din data de 2 mai 2006.

nr. 347/2003 privind măsurile urgente în vederea restructurării industriale a marilor întreprinderi de stat în insolvență și s-a numit un *administrator special* pentru aceasta. La data de 27 ianuarie 2004 creditoarea Bank of America a solicitat unui tribunal din Dublin, Irlanda, deschiderea procedurii insolvenței debitoarei sale, Eurofood IFSC Ltd. În aceeași zi, instanța s-a pronunțat, desemnând un lichidator provizoriu irlandez, care a fost abilitat să ia în posesie averea debitorului și să-i administreze afacerile. Tribunalul din Parma a deschis o procedură de insolvență împotriva Eurofood IFSC Ltd la data de 20 februarie 2004, considerând că instanța italiană este competentă, raportat la sediul societății-mamă, care este în Italia, acolo fiind deci centrul principalelor interese ale debitoarei. Instanța din Dublin a refuzat, printr-o hotărâre pronunțată în 23 martie 2004, să recunoască hotărârea Tribunalului din Parma. Lichidatorul italian a atacat această hotărâre cu recurs. Curtea Supremă din Irlanda a formulat întrebarea preliminară.

Curtea Europeană de Justiție, pronunțându-se în 2 mai 2006 asupra cauzei C-341/04 a arătat că „Atunci când debitorul este o filială a cărei sediu statutar este situat într-un stat membru diferit de cel al sediului societății-mamă, prezumția enunțată în art. 3 alin. (1) fraza a doua din regulament, conform căreia centrul intereselor principale ale acestei filiale este situat în statul membru în care se găsește sediul său statutar, nu poate fi răsturnată decât dacă elemente obiective și verificabile de către terți permit stabilirea existenței unei situații reale diferite față de cea pe care localizarea sediului statutar este menită să o reflecte. Aceasta se poate regăsi în special în cazul unei societăți comerciale care n-a desfășurat nicio activitate pe teritoriul statului membru unde este situat sediul său social. Dacă însă o societate exercită activitatea sa economică pe teritoriul statului membru unde este situat sediul său social, faptul că afacerile sale economice sunt sau pot fi controlate de către o societate-mamă stabilită într-un alt stat membru nu este suficient pentru a fi răsturnată prezumția prevăzută de regulament”.

Din cazul prezentat rezultă că instanța națională este obligată ca, în prealabil, să-și verifice competența. *Prezumția* instituită de regulament, în sensul că centrul intereselor principale ale acestei filiale este situat în statul membru în care se găsește sediul său statutar, poate fi răsturnată doar prin dovedirea în cazul concret, de speță, a unei situații reale diferite.

6. O altă problemă care s-a impus a fi clarificată a fost stabilirea momentului în raport cu care se apreciază asupra *centrului intereselor principale* ale debitorului. Am arătat că punctul de legătură care trebuie căutat printre elementele raportului juridic în materia analizată este „centrul principalelor interese ale debitorului”, care se prezumă a fi, până la proba contrară, sediul său statutar. Acest punct de legătură poate suferi schimbări în decursul timpului. Rațiunea pentru care s-a stabilit *sediul social* ca element/criteriu obiectiv de stabilire a instanței competente a fost existența unei proceduri de publicitate și înregistrare care contribuie la cunoașterea acestui sediu de către terți, persoane interesate.

În cauza C-1/2004^[1], Curtea Europeană de Justiție a trebuit să se pronunțe cu privire la acest aspect. În fapt, Susanne Staubitz Schreiber a administrat în Germania o întreprindere individuală de comerț cu telecomunicații și accesorii, care și-a încetat activitatea în anul 2001. Susanne Staubitz Schreiber a avut reședința în Germania până la data de 10 aprilie 2002, când și-a transferat reședința în Spania. Comerciantul a solicitat, în 6

^[1] Cauza C-1/04, *Susanne Staubitz-Schreiber*, Hotărârea Curții (Marea Cameră) din data de 17 ianuarie 2006.

noiembrie 2001, deschiderea procedurii de insolvență. Procedura nu s-a deschis inițial, datorită lipsei bunurilor, prin hotărârea pronunțată în 10 aprilie 2002. În urma admiterii recursului declarat, cererea a fost retrimisă, spre soluționare, la Landgericht Wuppertal. Instanța germană a respins din nou cererea, motivând că, față de situația din acest moment, când reclamanta nu mai are reședința pe teritoriul Germaniei, instanțele acestei țări nu sunt competente să se pronunțe asupra cererii de deschidere a procedurii de insolvență. În recurs s-a decis formularea unei *întrebări preliminare*.

Prin hotărârea pronunțată în 17 ianuarie 2006, Curtea Europeană de Justiție a stabilit că „instanța statului membru sesizată cu o cerere de deschidere a procedurii de insolvență rămâne competentă pentru deschiderea acestei proceduri în situația în care debitorul transferă centrul principalelor sale interese pe teritoriul unui alt stat membru ulterior introducerii cererii, dar înainte de pronunțarea hotărârii de deschidere a procedurii”.

S-a precizat că un transfer de competență între instanța mai întâi sesizată către o altă instanță a altui stat membru pe temeiul „deplasării centrului principalelor interese” de către debitor ar fi contrar obiectivelor urmărite de regulament, respectiv o procedură *transfrontalieră de insolvență* eficace și accelerată. Păstrarea competenței instanței mai întâi sesizate asigură și o mai mare siguranță juridică pentru creditorii persoanei împotriva căreia se solicită declanșarea procedurii de insolvență.

În concluzie, în România, în raport cu statele membre ale Uniunii Europene, se aplică regulamentul anterior menționat, iar în baza Titlului III, Capitolul II al Codului insolvenței se stabilește instanța competentă în cazul insolvenței transfrontaliere care privește un stat care nu este membru al Uniunii Europene.

7. Dacă vorbim de alte state care nu sunt membre ale Uniunii Europene, art. 276 din Codul insolvenței reglementează instanța sau autoritatea competentă să exercite atribuțiile stabilite de această lege, referitoare la recunoașterea procedurilor străine și cooperarea cu instanțele străine. Aceste proceduri sunt de competența tribunalului, prin judecătorul-sindic, precum și a reprezentantului român desemnat, în circumscripția căruia se află sediul debitorului (se consideră că persoana juridică străină are sediul în România și în cazul în care are pe teritoriul țării o sucursală, agenție, reprezentanță sau orice altă entitate fără personalitate juridică). În cazul în care debitorul are mai multe sedii în România, competența revine oricăruia dintre tribunalele în circumscripția cărora se află sediile respective.

În cazul în care debitorul nu are niciun sediu în România, competent este: a) tribunalul sau oricare dintre tribunalele în circumscripția cărora se află bunuri imobile aparținând debitorului, atunci când în obiectul cererii se regăsesc bunuri imobile în mod exclusiv sau alături de alte bunuri; b) tribunalul în circumscripția căruia se păstrează registrul în care este înscrisă nava sau aeronava care face obiectul cererii; c) tribunalul în circumscripția căruia se află sediul societății române la care debitorul deține valorile mobiliare care fac obiectul cererii; d) Tribunalul București, în cazul în care obiectul cererii îl constituie drepturi de proprietate intelectuală protejate în România, titluri de stat, bunuri de tezaur, obligațiuni de stat și municipale aparținând debitorului; e) în cazul în care obiectul cererii îl constituie drepturi de creanță ale debitorului asupra unei persoane sau autorități publice, tribunalul în circumscripția căruia se află domiciliul sau reședința, respectiv sediul persoanei sau al autorității publice respective.

Când insolvența vizează o *instituție de credit* se aplică prevederile speciale din Capitolul IV al Titlului III din Codul insolvenței, care reglementează raporturile de *drept internațional privat* în domeniul falimentului instituțiilor de credit. Articolul 312 din Codul insolvenței dispune în acest sens că tribunalul competent (competența exclusivă aparține tribunalului în circumscripția căruia se află sediul social al instituției de credit debitoare, astfel cum acesta figurează în registrul comerțului) este singura autoritate împuternicită să decidă aplicarea unei proceduri a falimentului cu privire la o instituție de credit, persoană juridică română, inclusiv la sucursalele acesteia stabilite în alte state membre.

Reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul *falimentului* societăților de asigurare este realizată în Capitolul V al Titlului III din Codul insolvenței. Potrivit art. 323 din Codul insolvenței, acest capitol reglementează:

a) procedura falimentului societăților de asigurare/reasigurare persoane juridice române și a sucursalelor acestora, cu sediul pe teritoriul altor state membre ale Uniunii Europene, aflate în stare de insolvență;

b) procedura falimentului privind o sucursală situată într-un stat membru și aparținând unei societăți de asigurare/reasigurare al cărei sediu este situat într-un stat terț;

c) condițiile în care autoritățile implicate se informează și se consultă reciproc în ceea ce privește procedura de faliment a societăților de asigurare/reasigurare.

Conform art. 324 din Codul insolvenței „instanța determinată potrivit prevederilor art. 41 este singura autoritate competentă împuternicită să decidă cu privire la aplicarea procedurii falimentului în ceea ce privește o societate de asigurare/reasigurare, persoană juridică română, inclusiv sucursalele acesteia din alte state membre”, iar potrivit art. 331 „autoritățile administrative sau judiciare ale statului membru de origine sunt singurele împuternicite să decidă în ceea ce privește deschiderea unei proceduri de faliment împotriva unei societăți de asigurare/reasigurare, inclusiv cu privire la sucursalele acesteia stabilite în statele membre”.

Secțiunea a 5-a. Determinarea legii aplicabile procedurii insolvenței cu element de extraneitate

8. Raporturile care se ivesc în condițiile relațiilor internaționale comerciale și care au un *element de extraneitate* se află în legătură cu cel puțin două sisteme de drept, adică două sau mai multe legi din state diferite par a fi susceptibile de a fi aplicate. De regulă, raporturile juridice cu elemente de extraneitate sunt mult mai complexe.

Instanța de judecată sesizată, pentru a soluționa acest „*conflict de legi*”, trebuie să facă „o alegere între legile aflate în conflict și să decidă care dintre ele trebuie aplicată”. În doctrină se afirmă că, de fapt, nu este vorba de „un conflict de legi” și, în general, de niciun fel de conflict, ci numai de „o îndoială ce poate stăruia în cugetul interpretului”^[1]. Conflictele de legi apar datorită diferențelor ce există între sistemele de drept ale statelor lumii. În momentul soluționării conflictului de legi, *conflictul de jurisdicții* a fost deja soluționat. De regulă, conflictele de legi sunt conflicte pozitive, două sau mai multe sisteme de drept „par” competente să cărmuiască raportul juridic respectiv.

Norma conflictuală nu arată direct și nemijlocit drepturile și obligațiile părților raportului juridic cu element străin, ea arată numai legea competentă a cărmui nemijlocit raportul respectiv. Indicarea legii competente de către norma conflictuală se face pe baza

^[1] V.P. Arminjon, *Précis de Droit International Privé*, vol. I, Ed. Dalloz, Paris, 1947, p. 21.

„legături” existente între un raport juridic și un anumit sistem de drept. Elementele prin care se stabilește legătura între un raport juridic și o lege se numesc „puncte sau elemente de legătură”^[1]. Și în dreptul altor state se dă eficiență acestei „legături” în stabilirea legii aplicabile. Chiar dacă în limba română sunt denumite „puncte sau elemente de legătură”, în dreptul german „Anknüpfungspunkt”, în Franța „point de rattachement”, în dreptul anglo-american „connecting factor”, iar în Italia „criterio di collegamento”, principiul pe baza căruia se determină legea competentă este același.

Am arătat la conflictul de jurisdicții că punctul de legătură care trebuie căutat printre elementele raportului juridic în materia analizată (cu privire la deschiderea unei proceduri de insolvență) este „centrul principalelor interese ale debitorului”. Ca regulă, acesta este prezumat a fi *sediul social* al debitorului înscris în registrele de publicitate. Acest punct de legătură poate suferi schimbări în decursul timpului. Sediul unei persoane juridice se poate muta fie din rațiuni economice, fie pe alte considerente, inclusiv pentru a se „sustrage” aplicării unei anumite legi. Pentru a determina legea incidentă pe baza acestui element, centrul principalelor interese ale debitorului, se impune și analiza situației sediului în timp. În normele juridice ale majorității statelor se raportează competența la momentul formulării cererii de deschidere a procedurii colective. În raport cu schimbarea suferită de punctul de legătură sediu se schimbă și legea competentă indicată de acesta.

După stabilirea legii cărui stat este incidentă se impune și respectarea normelor privind aplicarea normei juridice a țării respective în timp. Raportat la instituirea de către Codul insolvenței a unei „perioade suspecte” de 6 luni înaintea deschiderii procedurii s-ar putea ivi probleme cu privire la deschiderea unei proceduri de insolvență împotriva unui debitor ce și-a mutat sediul cu mai puțin de o jumătate de an în România.

Este de subliniat că, spre deosebire de raporturile obligaționale, convenționale, care pot avea ca punct de legătură și „voința părților”, în cazul cererilor de deschidere a procedurii de insolvență, părțile nu pot alege legea competentă a cârmui această procedură.

Referitor la legea aplicabilă procedurii insolvenței, există două concepții^[2]: prima este *teoria unității și universalității* (pornind de la universalitatea patrimoniului, urmându-se o singură procedură de insolvență la sediul societății și care privește întregul patrimoniu, iar legea aplicabilă este *lex domicilii*) și cea de-a doua este *teoria teritorialității și pluralității* (una și aceeași persoană debitoare poate avea bunuri și creditori pe teritorii diferite, urmând a se deschide tot atâtea proceduri de insolvență câte bunuri există).

9. Procedura *falimentului* unei persoane juridice presupune *dizolvarea și lichidarea* acesteia. Persoana juridică se întemeiază pe baza unor dispoziții legale și funcționează pe baza unor reglementări care sunt diferite de la stat la stat. Statutul personal al persoanei juridice este supus unei legi care, atunci când există elemente de extraneitate, trebuie să fie determinată. Persoana juridică este cârmuită de *legea sa națională*. Legea națională se aplică, deci, și dizolvării și lichidării, fie că este voluntară, fie că este în urma unei proceduri de insolvență.

Naționalitatea persoanei juridice se determină după diferite criterii. Naționalitatea persoanei juridice este un *punct de legătură* deosebit de important. Dintre criteriile ce determină naționalitatea persoanei juridice amintim: criteriul voinței fondatorilor persoanei juridice, criteriul teritorialității conducerii (*sediul social*), criteriul locului de înregistrare a statutului persoanei juridice (locul îndeplinirii formalităților pentru consti-

[1] I.P. Filipescu, *Drept internațional privat*, vol. I, Ed. Proarcadia, București, 1993, p. 35.

[2] M. Dogar (Comșa), op. cit., p. 147-151.

tuirea persoanei juridice, chiar dacă sediul social este în altă țară), criteriul locului unde se găsește centrul activității economice a persoanei juridice (unde se găsește centrul activității sale), criteriul controlului (după apartenența conducătorilor persoanei juridice, fie după cetățenia asociaților, fie după naționalitatea capitalului social etc.).

Legiuitorul român a adoptat sediul societății drept criteriu pentru determinarea naționalității societății. Legea nr. 31/1990^[1] a prevăzut încă de la momentul adoptării ei, în chiar art. 1 alin. (2) că „Societățile comerciale cu sediul în România sunt persoane juridice române”. Și în prezent dispoziția s-a menținut, cu adaptarea textului la concepția monistă din noul Cod civil^[2].

În practica instanțelor române s-a pus problema *determinării legii aplicabile* în frecvente cazuri în care asociați ai debitorului persoană juridică română erau cetățeni străini^[3]. În acest sens, s-a decis că tribunalul în a cărui rază teritorială își are debitorul sediul înscris în registrul comerțului este instanța competentă să soluționeze *cererea de deschidere a procedurii de insolvență*. Deși societatea se constituie de către persoane fizice/juridice care au o anumită cetățenie, societatea are o naționalitate proprie. Legea nr. 31/1990 a adoptat sediul societății drept criteriu pentru determinarea naționalității. În chiar art. 1 din această Lege se prevede că societățile cu sediul în România sunt persoane juridice române. Prin urmare, s-a reținut că orice societate care și-a stabilit sediul pe teritoriul României are naționalitate română, iar regula este deopotrivă aplicabilă și în cazul societăților cu asociați/acționari persoane fizice sau juridice străine.

Există situații în care resortisanți ai unor state înființează societăți într-o altă țară, în scopul eludării legislației naționale care reglementează constituirea acestora. În cauza C-212/1997 *Centros*^[4], Curtea Europeană de Justiție, sesizată cu o *întrebare preliminară* cu privire la interpretarea art. 52, art. 56 și art. 58 din Tratatul CE a reținut că „faptul că un resortisant al unui stat membru care dorește să înființeze o societate alege să constituie societatea într-un stat membru ale cărui norme de drept al societăților i se par mai puțin constrângătoare și să înființeze sucursale în alte state membre nu poate reprezenta în sine o exercitare abuzivă a dreptului de stabilire. Astfel, dreptul de a constitui o societate în conformitate cu legislația unui stat membru și de a înființa sucursale în alte state membre este inerent exercitării pe piața unică a libertății de stabilire garantate de tratat”. Libertatea stabilirii sediului poate determina, implicit, și „alegerea” regimului juridic aplicabil insolvenței, cel puțin la nivelul statelor membre ale Uniunii Europene. Este limitată această libertate doar de respectarea *ordinii publice de drept internațional*.

^[1] Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale a fost republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004. Prin Legea nr. 76/2012 s-a eliminat cuvântul „comerciale”, pentru a se corela textul cu dispozițiile noului Cod civil, care nu mai utilizează acești termeni.

^[2] Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, în temeiul art. 218 din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil (M. Of. nr. 409 din 10 iunie 2011).

^[3] Trib. Brașov, sent. civ. nr. 371/Sind din 23 mai 2005, nepublicată, prin care s-a deschis procedura insolvenței împotriva debitoarei SC M.S. SRL – asociați erau doi cetățeni englezi; Trib. Brașov, sent. civ. nr. 767/Sind din 15 noiembrie 2004, nepublicată, prin care s-a deschis procedura insolvenței împotriva debitoarei SC L.R. SRL – asociați erau doi cetățeni turci; Trib. Brașov, sent. civ. nr. 277/Sind din 18 aprilie, 2005, nepublicată, prin care s-a respins contestația debitoarei SC B.T. SRL și s-a deschis procedura reorganizării judiciare și a falimentului împotriva aceleiași debitoare – asociați erau cinci cetățeni turci.

^[4] Cauza C-212/97, *Centros Ltd împotriva Erhvervs – og Selskabsstyrelsen*, Hotărârea Curții din data de 9 martie 1999.

10. Codul insolvenței, în Titlul III, a prevăzut reguli pentru determinarea legii aplicabile în aceste situații. Dispozițiile din acest titlu se completează cu prevederile Cărții a VII-a a Codului civil, cu condiția compatibilității lor. În art. 275 se menționează însă în mod expres că „în măsura în care există neconcordanță între dispozițiile prezentului titlu și obligațiile României izvorând din tratate, convenții sau orice altă formă de acord internațional, bi-sau multilateral, la care România este parte, prevederile tratatului, ale convenției sau ale acordului internațional se vor aplica cu prioritate”.

Dispozițiile legale menționate nu sunt aplicabile nici raporturilor de *drept internațional privat* din domeniul insolvenței care cad sub incidența Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000. Regula generală cuprinsă în art. 4 din Regulament este că „legea aplicabilă procedurii de insolvență și efectelor acesteia este legea statului membru pe al cărui teritoriu este deschisă procedura”, denumit „stat de deschidere”. Legea *statului de deschidere* determină condițiile pentru deschiderea, desfășurarea și închiderea procedurii de insolvență.^[1] Aplicarea, fără excepție, a legii statului în care s-a deschis procedura insolvenței ar suscita frecvent dificultăți, mai ales în privința garanțiilor diferite în statele Uniunii Europene. Din acest motiv s-au prevăzut și excepții de la regula generală cuprinsă în art. 4 din regulament.

Se constată că atât legea română, în Capitolul II din Titlul III al Legii nr. 85/2014, cât și Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1346/2000 au adoptat *teoria unității*, cu excepțiile clar și strict reglementate. Aceste dispoziții nu se aplică procedurilor de insolvență referitoare la societățile de asigurare, *instituțiile de credit* etc., menționate anterior (bănci, cooperative sau alte instituții de credit; societăți și agenți de asigurare; societăți de servicii de investiții financiare, organisme de plasament colectiv în valori mobiliare, societăți de administrare a investițiilor; societăți de bursă, membri ai burselor de mărfuri, case de compensație, membri compensatori ai burselor de mărfuri, societăți de brokeraj, traderi). Reglementarea raporturilor de drept internațional privat cu privire la aceste categorii de debitori aflați în insolvență este realizată prin dispoziții legale speciale, derogatorii.

Deschiderea unei proceduri a *falimentului* cu privire la o instituție de credit autorizată în România și la sucursalele acesteia stabilite în alte state membre este guvernată de legea română în ceea ce privește regimul și aplicarea procedurii falimentului (art. 313 din Codul insolvenței). De asemenea, hotărârea de deschidere a procedurii falimentului, precum și efectele acesteia cu privire la o societate de asigurare persoană juridică română cu sucursale și pe teritoriul altor state membre ale Uniunii Europene se află sub incidența legii române [art. 324 alin. (1) din Codul insolvenței].

În cazul acestor debitori – societăți de asigurare/reasigurare și instituții de credit – se aplică legea română în considerarea faptului că ele sunt supuse unui regim special, iar *autoritățile naționale române de control* au, în cazul acestora, competențe de intervenție extinse. Actele normative (Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări și O.G. nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit, preluate, în mare parte, în prezent, de Codul insolvenței) au respectat, la adoptarea lor, directivele Uniunii Europene în materie, respectiv Directiva nr. 2001/17/CE din 19 martie 2001 privind reorganizarea și lichidarea societăților de asigurare și Directiva nr. 2001/24/CE din 4 aprilie 2001 privind reorganizarea și lichidarea instituțiilor de credit. Acestea nu permit deschiderea de proceduri secundare în cazul unor

^[1] T.M. Bantaș, Legea aplicabilă procedurilor de insolvență potrivit dispozițiilor Regulamentului (CE) al Consiliului nr. 1346/2000, în R.R.D.A. nr. 6/2012, p. 72-75.

asemenea entități. Deși au existat modificări ulterioare ale actelor europene, dispozițiile de drept internațional privat s-au menținut în aceeași formă.

În practica instanțelor din România, tribunalele sesizate cu deschiderea unor proceduri de insolvență împotriva unor debitori cu sediul în țară de către creditori străini, după ce și-au verificat competența, au procedat la soluționarea cererilor cu aplicarea legii române. Astfel, într-o speță^[1], după ce s-a stabilit că instanța sesizată este competentă, iar legea română este aplicabilă, s-a admis cererea creditorului E.3 T. Zrt. FA – societate în lichidare reprezentată prin lichidator G.J., cu sediul social în Ungaria, promovată în contradictoriu cu debitoarea SC T.V. SRL, cu sediul social în Târgu-Mureș, România, s-a constatat că debitoarea se află în *încetare de plăți*, dar și sub incidența dispozițiilor art. 1 alin. (2) lit. c) pct.1, 4 din Legea nr. 85/2006 și s-a deschis *procedura simplificată* a falimentului față de debitoare, cu toate consecințele ce decurg din aceasta.

Într-o altă cauză^[2], s-au soluționat cererile formulate de doi creditori străini, unul cu sediul în Ungaria și unul cu sediul în Polonia, prin care s-a solicitat deschiderea procedurii de insolvență împotriva debitorului, societate cu sediul în România. Judecătorul-sindic a admis cererea creditorului Sh H.z.R.t., cu sediul social declarat în Ungaria, Budapesta, promovată în contradictoriu cu debitoarea SC V.C. SRL, cu sediul social declarat în Târgu-Mureș, și cererea creditorului A.P. Sp.z.o.o., cu sediul social declarat în Polonia, Poznan, promovată în contradictoriu cu aceeași debitoare SC V.C. SRL, și a deschis procedura simplificată a falimentului față de debitoarea SC V.C. SRL, cu toate consecințele prevăzute de legea română.

Într-o altă situație^[3], instanța română, după ce a constatat că este competentă să se pronunțe cu privire la cererea de deschidere a procedurii insolvenței formulată de o societate din Statele Unite ale Americii împotriva unei societăți de naționalitate română cu sediul în Brașov, a aplicat legea română pentru soluționarea acesteia.

Secțiunea a 6-a. Chestiuni incidentale

11. Într-un litigiu de *drept internațional privat* se poate să apară una sau mai multe probleme care trebuie soluționate de instanța de judecată. Unele sunt principale, iar altele pot apărea în legătură cu primele și se numesc *chestiuni/probleme incidentale* sau preliminare.

De exemplu, între două părți, o persoană juridică având sediul în România și o persoană juridică având sediul în alt stat, s-a încheiat un contract de furnizare de mărfuri cu executare succesivă pentru care s-a stabilit, ca lege aplicabilă, legea străină. Societatea română a solicitat rezilierea contractului pentru neexecutarea obligațiilor asumate de partenerul străin. Cauza se soluționează la Curtea de arbitraj din statul în care are sediul societatea străină. Pe parcursul desfășurării litigiului, societatea străină solicită tribunalului de la sediul persoanei juridice române deschiderea procedurii insolvenței împotriva cocontractantului său, susținând că are o *creanță certă, lichidă și exigibilă*, dovedită cu facturile emise în baza contractului anterior menționat. În această situație, se impune soluționarea cu prioritate a problemei privind răspunderea unei părți contractuale pentru rezilierea contractului. Aceasta este chestiunea incidentală de care depinde continuarea

[1] Trib. com. Mureș, sent. com. nr. 2162 din 11 noiembrie 2009, nepublicată.

[2] Trib. com. Mureș, sent. com. nr. 744 din 18 martie 2009, nepublicată.

[3] Trib. Brașov, sent. civ. nr. 277 din 18 aprilie 2005, nepublicată.

soluționării *cererii de deschidere a procedurii* de insolvență, cu verificarea cerințelor cerute de legea română în ceea ce privește creanța (existența unei creanțe certe, lichide și exigibile, într-un anumit cuantum).

Există și situații în care părțile unui raport juridic întrebuintează unele mijloace legale pentru a înlătura aplicarea unor dispoziții care li s-ar fi aplicat și caută să se pună sub protecția unei legi socotite mai favorabile. Este așa numita „fraudare a legii”. În materia insolvenței, *fraudarea legii* poate interveni prin schimbarea sediului debitorului, deplasarea bunurilor în cuprinsul teritoriului unui stat a cărui legislație este mai favorabilă, înregistrarea navelor și aeronavelor într-un port din altă țară decât cea a sediului proprietarului lor pentru a înlătura aplicarea legii cu care există legătura, în scopul sustragerii de la *executarea silită* în caz de *faliment* etc.

În cauza *Centros*, anterior citată, pronunțându-se cu privire la întrebarea adresată de Højesteret Danemarca prin ordonanța din 3 iunie 1997, Curtea Europeană de Justiție a decis: „Articolele 52 și 58 din Tratatul CE interzic unui stat membru să refuze înmatricularea unei sucursale a unei societăți constituite în conformitate cu legislația unui alt stat membru în care societatea își are sediul, dar în care nu desfășoară activități comerciale, atunci când sucursala este menită să permită societății în cauză să își desfășoare întreaga activitate în statul în care va fi constituită această sucursală, evitând constituirea unei societăți în statul membru în cauză și eludând, astfel, aplicarea normelor privind constituirea societăților care sunt mai stricte în statul membru respectiv în ceea ce privește vărsarea unui capital social minim. Totuși, această interpretare nu exclude posibilitatea autorităților statului membru în cauză de a lua orice măsură pentru a preveni sau pentru a sancționa fraudele, fie în privința societății în sine, dacă este cazul, în cooperare cu statul membru în care a fost constituită, fie în privința asociaților despre care s-a dovedit că încearcă, de fapt, prin constituirea unei societăți, să se sustragă obligațiilor pe care le au față de creditorii publici sau privați stabiliți pe teritoriul statului membru în cauză”. Deci fraudă la lege constatată trebuie sancționată.

Mulți întreprinzători încearcă să obțină o situație juridică mai favorabilă în caz de insolvență, așa-numitul *forum shopping* (turismul în scopuri de insolvență), apelând la diverse trucuri legale, cum ar fi cele arătate anterior, modificarea sediului, legea aplicabilă contractului, pacte comisorii etc.

Prin Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene s-a stabilit, cu valoare de principiu, ca o componentă a spațiului de libertate, securitate și justiție^[1], și *cooperarea în materie civilă* bazată pe recunoașterea reciprocă a deciziilor judiciare și extrajudiciare și adoptarea unor măsuri de apropiere a actelor normative și administrative ale statelor membre în domenii de interes.

Secțiunea a 7-a. Efectele hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență

12. Codul insolvenței, în art. 5 pct. 32, definește instanța străină ca fiind autoritatea judecătorească sau orice altă autoritate competentă potrivit legii statului de origine, abilitată să deschidă și să controleze sau să supravegheze o procedură străină ori să adopte hotărâri în cursul derulării unei asemenea proceduri.

Pentru a produce efecte pe teritoriul României, hotărârea oricărei instanțe competente, prin care se deschide o asemenea procedură de insolvență sau se desemnează un

^[1] A. Fuerea, op. cit. p. 305.

reprezentant pentru a participa la o procedură de insolvență în derulare, trebuie să fie recunoscută. Codul insolvenței reglementează raporturile cu statele străine în general, iar nu cu statele membre ale Uniunii Europene. Raporturile cu statele membre ale Uniunii Europene în această materie sunt guvernate de dispozițiile Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență, conform căruia orice decizie de deschidere a unei proceduri de *faliment* pronunțată de o instanță competentă dintr-un stat membru este recunoscută în toate celelalte state membre de îndată ce și produce efectele în statul de deschidere.

§1. Recunoașterea hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență

13. Termenul de „recunoaștere” este utilizat frecvent în dreptul internațional, fiind întâlnit în tratate și convenții internaționale ori în legile de *drept internațional privat* sau de procedură ale statelor. Legea nu definește recunoașterea, ci reglementează doar condițiile, procedura și efectele recunoașterii. În doctrină^[1] s-a susținut că recunoașterea implică admiterea oricăror efecte ale hotărârii străine, cu excepția executării ei, sau că recunoașterea implică admiterea, expresă sau implicită, în mod direct sau în condițiile stabilite de lege ori de practică, a oricăror efecte ale hotărârilor străine, altele decât executarea ei. Pentru *recunoașterea hotărârii străine de deschidere a procedurii de insolvență* se depune la instanța română competentă o cerere de recunoaștere a procedurii străine.

Conform art. 287 din Codul insolvenței, *reprezentantul străin*^[2] are calitate procesuală activă pentru a formula în fața instanței românești competente o cerere de recunoaștere a procedurii străine în care el a fost desemnat. Cererea de recunoaștere trebuie să fie însoțită de unul dintre documentele următoare: a) o copie certificată a hotărârii de deschidere a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin; b) o adevărită emisă de instanța străină, prin care se certifică existența unei proceduri străine și desemnarea reprezentantului străin; c) în lipsa mijloacelor de probă menționate la lit. a) și b), orice altă dovadă de deschidere a procedurii străine și de desemnare a reprezentantului străin, admisibilă în condițiile prevăzute de O.G. nr. 66/1999 pentru aderarea României la Convenția cu privire la suprimarea cerinței supralegalizării actelor oficiale străine, adoptată la Haga la 5 octombrie 1961, aprobată prin Legea nr. 52/2000, ori de alte tratate, convenții sau orice altă formă de acord internațional, bi- sau multilateral, la care România este parte.

De asemenea, cererea de recunoaștere va fi însoțită, conform legii, de o declarație prin care se vor preciza toate procedurile străine cu privire la debitor, cele despre care reprezentantul străin are cunoștință. Instanța poate solicita, în cazul în care consideră necesar, traducerea în limba română a documentelor depuse în scopul susținerii cererii de recunoaștere.

Procedura străină va fi recunoscută în măsura în care îndeplinește cumulativ următoarele condiții pe care instanța sesizată cu o astfel de cerere trebuie să le verifice: a) pro-

^[1] T.R. Popescu, Soluționarea litigiilor patrimoniale cu elemente de extraneitate, Oficiul de informare documentară pentru aprovizionarea tehnico-materială și controlul gospodăririi fondurilor fixe, București, 1980, p. 330.

^[2] Art. 5 pct. 56 din Codul insolvenței definește *reprezentantul străin* ca fiind „persoana fizică sau juridică, incluzând persoanele desemnate cu titlu provizoriu, autorizate, în cadrul unei proceduri străine, să administreze reorganizarea sau lichidarea bunurilor și a activității debitorului sau să acționeze ca reprezentant al unei proceduri străine”.

cedura străină este o procedură colectivă, publică, judiciară sau administrativă, care se desfășoară în conformitate cu legislația în materie de insolvență a unui stat străin, inclusiv procedura provizorie, în care bunurile și activitatea debitorului sunt supuse controlului sau supravegherii unei instanțe străine, în scopul reorganizării sau lichidării activității aceluși debitor, deci o procedură așa cum este definită ea de art. 5 pct. 49 din Codul insolvenței; b) reprezentantul străin care solicită recunoașterea este acea persoană sau autoritate prevăzută la art. 5 pct. 56; c) cererea de recunoaștere îndeplinește condițiile stabilite la art. 287 alin. (2), respectiv are anexate toate documentele necesare; d) cererea de recunoaștere a fost formulată în fața instanței competente prevăzute la art. 276, respectiv tribunalul în circumscripția căruia se află sediul debitorului sau tribunalul în raza teritorială a căruia se găsesc bunurile imobile etc.; e) există reciprocitate în ceea ce privește efectele hotărârilor străine între România și statul instanței care a pronunțat hotărârea.

Procedura străină poate fi recunoscută fie ca *procedură străină principală*, dacă aceasta se desfășoară într-un stat străin în care debitorul își are stabilit *centrul principalelor sale interese*, fie ca *procedură străină secundară*, dacă aceasta se desfășoară într-un stat străin în care debitorul își are stabilit un sediu, în înțelesul prevăzut de art. 5 pct. 57^[1], potrivit dispozițiilor art. 289 alin. (2) din Codul insolvenței.

Din punct de vedere procedural, cererea de recunoaștere a procedurii străine va fi soluționată cu precădere și celeritate. Când procedura de citare este legal îndeplinită, judecata poate continua în ziua următoare sau la termene scurte, succesive, date în cunoștința părților. Instanța se pronunță asupra cererii de recunoaștere, după citarea părților, printr-o hotărâre care poate fi atacată cu apel.

Hotărârea de recunoaștere a procedurii străine se bucură de *autoritate relativă a lucrului judecat*; instanța o va putea anula sau schimba, în măsura în care se dovedește, ulterior pronunțării sale, că temeiurile și condițiile recunoașterii lipseau, în tot sau în parte, ori că au încetat să existe.

Potrivit art. 291 din Codul insolvenței, la solicitarea reprezentantului străin instanța va putea încuviința, la data formulării cererii de *recunoaștere a procedurii străine* sau în cursul soluționării acesteia, următoarele măsuri cu executare vremelnică, în măsura în care acestea sunt de extremă necesitate pentru protejarea bunurilor debitorului sau a intereselor creditorilor: a) suspendarea actelor, a operațiunilor și a oricăror altor măsuri de *executare individuală* asupra bunurilor debitorului; b) însărcinarea reprezentantului străin sau a altei persoane desemnate de instanță cu administrarea, conservarea ori valorificarea tuturor sau a unora dintre bunurile debitorului situate în România, care, prin natura acestora sau din alte cauze, sunt perisabile, supuse deteriorării sau devalorizării ori periclitare în orice alt mod; c) suspendarea exercițiului dreptului de a înstrăina, de a greva sau de a dispune în orice alt mod de bunurile debitorului, în măsura în care suspendarea nu a intervenit ca urmare a aplicării art. 291 alin. (1) lit. b) din Codul insolvenței; d) administrarea de probe referitoare la bunurile, actele juridice, drepturile sau obligațiile debitorului, precum și asigurarea dovezilor și constatarea unei stări de fapt prin executor judecătoresc; e) aprobarea oricărei altei măsuri care poate fi îndeplinită de reprezentantul român, în condițiile stabilite de lege.

14. Conform art. 278 din Codul insolvenței, „instanțele românești vor putea refuza recunoașterea unei proceduri străine, executarea unei hotărâri judecătorești străine

^[1] Conform art. 5 pct. 57 din Codul insolvenței, *sediul este „orice punct de lucru în care debitorul exercită, cu mijloace umane și materiale și cu caracter netranzitoriu, o activitate economică sau o profesie independentă”*.

adoptate în cadrul unei asemenea proceduri, a hotărârilor care decurg în mod direct din procedura de insolvență și care prezintă o strânsă legătură cu aceasta ori încuviințarea oricărei alte măsuri prevăzute de prezentul capitol, doar în situația în care: a) hotărârea este rezultatul unei fraude comise în procedura urmată în străinătate (de exemplu, încălcarea dispozițiilor legale); b) hotărârea încalcă dispozițiile de *ordine publică de drept internațional privat român*”.

În sens larg, prin *fraudă la lege* se înțelege încheierea unui act juridic cu scopul de a încălca o dispoziție imperativă sau prohibitivă. La încheierea actului, părțile uzitează de alte dispoziții legale favorabile, pentru a le ocoli pe cele aplicabile și care interziceau încheierea actului.

În doctrină^[1] *frauda la lege* în dreptul internațional privat a fost definită ca reprezentând folosirea în scop fraudulos a unui mijloc de drept internațional privat, ce a făcut aplicabil raportului juridic un alt sistem de drept decât cel normal competent să se aplice. În dreptul internațional privat, fraudarea legii se realizează prin schimbarea *punctelor de legătură* ori prin introducerea artificială a unor *elemente de extraneitate* pentru ca raportului juridic să i se aplice o altă lege decât cea care avea incidență. Din acest punct de vedere, *frauda la lege* se aseamănă cu *ordinea publică de drept internațional privat*, întrucât nu se aplică legea normal competentă. Deosebirile sunt însă esențiale, întrucât, în cazul ordinii publice, legea incidentă nu se aplică, din motive obiective, deoarece încalcă principiile fundamentale ale sistemului de drept unde se soluționează cauza, în timp ce *frauda la lege* determină implicarea legii competente din motive subiective, respectiv activitatea frauduloasă a părților.

Tratamentul efectelor hotărârii străine diferă după cum s-a încălcat *ordinea publică* ori s-a fraudat legea. În primul caz, hotărârea străină este validă în țara unde a fost emisă, dar nu va fi recunoscută în țara unde este invocată. *Frauda la lege* determină inexistența juridică a hotărârii. Drept urmare, hotărârea nu are aplicabilitate în statul de origine și nu poate fi recunoscută în România.

Frauda poate privi legea statului unde hotărârea a fost emisă, legea statului unde este invocată sau legea unui alt stat, altul decât cel de origine ori unde este invocată. În toate cazurile, instanța chemată să recunoască hotărârea va trebui să analizeze dacă există sau nu *fraudă la lege*. Dacă, în statul în care a fost emisă, legea a fost fraudată, hotărârea nu va fi recunoscută în România. În mod similar se pune problema în celelalte situații expuse, nefiind posibilă, de principiu, producerea de efecte a unei hotărâri care încalcă legea.

Al doilea motiv de refuz al recunoașterii unei proceduri străine este că hotărârea încalcă *ordinea publică de drept internațional privat român*.

Sub aspect procedural, încălcarea ordinii publice de drept internațional privat se invocă prin excepție cu aceeași denumire, în fața instanței chemate să recunoască hotărârea. Este o excepție de fond, care poate fi invocată în orice stadiu al procesului de către părțile interesate ori de instanță din oficiu. Consecința admiterii excepției o reprezintă *nerecunoașterea hotărârii în România*.

Normele care alcătuiesc *ordinea publică de drept internațional privat* au caracter imperativ, astfel că încălcarea lor constituie un impediment în producerea efectelor hotărârii străine pe teritoriul României, întocmai ca și *frauda la lege*. În măsura în care hotărârea străină este compatibilă cu *ordinea publică de drept internațional privat român*, hotărârea străină poate fi recunoscută, sub condiția ca jurisdicția străină să nu se fi declarat competentă prin fraudarea unei alte legi străine sau a propriei legi de drept internațional

^[1] D.Al. Sitaru, *Drept internațional privat (...)*, p. 127-140; T.R. Popescu, *Drept internațional privat (...)*, p. 104-108.

privat. În măsura în care legea nu este fraudată, iar ordinea publică de drept internațional privat este respectată, nu există temei al refuzului de a recunoaște hotărârea străină.

15. Înalta Curte de Casație și Justiție a arătat, într-o decizie de speță,^[1] că „ordinea publică de drept internațional privat nu se confundă cu ordinea publică de drept intern. Ordinea publică în dreptul internațional privat este diferită de ordinea publică în dreptul intern. În primul rând, sfera celor două noțiuni este diferită, în sensul că nu toate normele de ordine publică în dreptul intern sunt de ordine publică în dreptul internațional privat. În al doilea rând, fiecare noțiune îndeplinește o funcție diferită. Ordinea publică în dreptul intern indică limitele domeniului lăsat liberei inițiative juridice a părților, pe când ordinea publică în dreptul internațional privat indică limitele aplicării legii străine. Prin urmare, *excepția de ordine publică în dreptul internațional privat* este un mijloc de înlăturare a legii străine normal competente, ceea ce înseamnă că, pentru a putea fi invocată o asemenea excepție, trebuie, prin ipoteză, ca legea aplicabilă să fie o lege străină. Numai în aceste condiții se poate pune în discuție ordinea publică de drept internațional privat, ceea ce presupune existența unor deosebiri fundamentale, esențiale, de reglementare între legea română și legea străină. Ordinea publică se invocă, așadar, împotriva aplicării legii străine”.

Articolul 1096 NCPC reglementează, în dreptul comun, motivele de refuz al recunoașterii, acestea fiind următoarele: a) hotărârea este manifest contrară ordinii publice de drept internațional privat român; această incompatibilitate se apreciază ținându-se seama, în special, de intensitatea legăturii cauzei cu ordinea juridică română și de gravitatea efectului astfel produs; b) hotărârea pronunțată într-o materie în care persoanele nu dispun liber de drepturile lor a fost obținută cu scopul exclusiv de a sustrage cauza incidenței legii aplicabile conform dreptului internațional privat român; c) procesul a fost soluționat între aceleași părți printr-o hotărâre, chiar nedefinitivă, a instanțelor române sau se află în curs de judecare în fața acestora la data sesizării instanței străine; d) este inconciliabilă cu o hotărâre pronunțată anterior ei în străinătate și susceptibilă de a fi recunoscută în România; e) instanțele române aveau competența exclusivă pentru judecarea cauzei; f) a fost încălcat dreptul la apărare; g) hotărârea poate face obiectul unei căi de atac în statul în care a fost pronunțată.

Comparând prevederile art. 1096 NCPC cu cele ale art. 278 din Codul insolvenței, constatăm că legislația insolvenței, spre deosebire de dreptul comun, nu prevede decât două cazuri în care ar putea fi refuzată *recunoașterea unei proceduri străine*. Prin urmare, corecta interpretare și aplicare a prevederilor legale menționate trebuie să se facă în lumina principiului *specialia generalibus derogant* (aplicarea cu prioritate a regulilor speciale în materia recunoașterii și executării hotărârilor străine), iar nu pe baza aplicării prin analogie a unor texte străine acestei proceduri speciale.

Astfel, în situația interpretării compatibilității cu ordinea publică nu interesează modul de aplicare a legii străine, important este ca efectele acesteia contrare ordinii publice de drept internațional privat român să nu se producă. În concret, ordinea publică de drept internațional privat român ar putea fi încălcată doar prin aplicarea unei legi străine ale cărei dispoziții să fie incompatibile cu principiile fundamentale ale dreptului român aplicabile raporturilor juridice cu *element de extraneitate*. Ca urmare a aplicării legii române de către tribunalul arbitral, de exemplu, ar fi un nonsens să se verifice dacă legea română însuși încalcă ordinea publică de drept.

^[1] I.C.C.J., s. com., dec. nr. 3181 din 2 decembrie 2009, www.scj.ro.

Procedura recunoașterii hotărârii străine și încuviințării *executării silite* a acesteia nu permite rejudecarea cauzei în fond. În plus, dacă s-ar admite că statul unde se cere recunoașterea unei hotărâri străine ar putea să rejudece cauza pe motivul că, deși s-a aplicat propria lui lege, aceasta nu ar fi fost bine aplicată sau că situația de fapt nu ar fi fost corect calificată juridic în raport cu legea, practic s-ar anihila orice finalitate a procesului finalizat prin hotărârea respectivă.

Existența unei hotărâri pronunțate de o instanță română sau a procesului în curs de judecare în România, motive de refuz în dreptul comun, nu sunt indicate ca temei pentru respingerea cererii de recunoaștere a unei proceduri de insolvență deschise în străinătate.

§2. Efectele recunoașterii hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență

16. *Efectele recunoașterii unei proceduri străine principale de insolvență* deschise într-un stat terț⁽¹⁾ (care nu este membru al Uniunii Europene) sunt prevăzute în principal de art. 292 din Codul insolvenței. Astfel, de la data recunoașterii *procedurii străine principale* este împiedicată pornirea următoarelor cereri și acțiuni, judiciare sau extrajudiciare, iar dacă acestea sunt deja pornite, ele se suspendă de drept: a) cererile sau acțiunile cu caracter individual, vizând bunuri, drepturi și obligații ale debitorului; b) actele, operațiunile și orice alte măsuri de *executare individuală* asupra bunurilor debitorului.

Începând cu data *recunoașterii procedurii străine*, exercițiul dreptului de a înstrăina, greva sau dispune în orice alt mod de bunurile debitorului este suspendat. Actele efectuate cu încălcarea acestor prevederi sunt nule de drept. Recunoașterea procedurii străine principale împiedică începerea curgerii termenului de prescripție a cererilor și acțiunilor vizând bunuri, drepturi și obligații ale debitorului, iar dacă acestea sunt deja pornite, recunoașterea procedurii străine principale reprezintă cauză de întrerupere a termenului de prescripție a cererilor și a acțiunilor respective.

Există și excepții expres prevăzute de lege de la aceste consecințe ale recunoașterii unei proceduri de insolvență. La solicitarea unui creditor titular al unei creanțe care beneficiază de o clauză de preferință, deci garantată cu ipotecă, gaj sau cu altă garanție reală mobilă ori drept de retenție etc., instanța va putea ridica suspendarea acțiunilor sau executării asupra bunurilor. De asemenea, exercitarea dreptului debitorului de a efectua acte, operațiuni și plăți care se încadrează în condițiile obișnuite de exercitare a activității curente nu se suspendă, însă instanța va putea decide suspendarea în condițiile prevăzute la art. 293 din Codul insolvenței.

De altfel, acestea sunt și efectele produse de o hotărâre de deschidere a procedurii insolvenței pronunțată de o instanță română.

Recunoașterea procedurii străine principale nu împiedică formularea unei acțiuni de deschidere a procedurii de insolvență prevăzute de legea română ori înregistrarea *cererii de admitere a creanțelor* în cadrul acestei proceduri.

Recunoașterea unei proceduri străine principale constituie, până la proba contrarie, o *prezumție* a stării de insolvență a debitorului, în temeiul căreia se poate deschide procedura română de insolvență. De la data recunoașterii procedurii străine reprezentantul străin

⁽¹⁾ Stat terț este în această materie un stat care nu este membru al Uniunii Europene, având în vedere că în Uniunea Europeană este direct aplicabil Regulamentul (CE) nr. 1346/2000.

are calitate procesuală pentru a formula acțiuni în anularea actelor juridice încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor săi, cu care este împuternicit reprezentantul român, precum și, după caz, acțiuni în nulitate sau inopozabilitate, în condițiile stabilite de lege, precum și de a interveni în cadrul oricărei cereri sau acțiuni cu caracter individual, judiciar sau extrajudiciar, în care debitorul are calitatea de parte, în măsura în care sunt îndeplinite și celelalte condiții prevăzute de legea română. În consecință, reprezentantul străin are după recunoaștere aceleași drepturi în legătură cu procedura colectivă ca și practicianul în insolvență desemnat de o instanță din România.

§3. Recunoașterea și efectele hotărârilor străine de deschidere a procedurii de insolvență în raportul dintre statele membre ale Uniunii Europene

17. Articolul 16 al Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență instituie, ca principiu, că procedurile de insolvență vor fi recunoscute în statele membre *ipso iure*, deci fără alte condiții, de îndată ce a devenit executorie hotărârea de deschidere a procedurii în *statul de deschidere*. Recunoașterea hotărârilor străine este limitată doar de considerente de ordine publică^[1].

Instanțele din alte state membre verifică îndeplinirea condițiilor prevăzute de Regulament și, fără alte formalități, recunosc efectele procedurii de insolvență străine. Deschiderea procedurii de insolvență principală determină producerea efectelor juridice pe care le prevede legea statului de deschidere. Desemnarea *lichidatorului* este dovedită printr-o copie certificată a originalului hotărârii de desemnare sau printr-un alt act doveditor eliberat de instanța competentă. Nu este necesară o altă formalitate sau supralegalizare. Atât timp cât nicio altă procedură de insolvență nu a fost deschisă ori nicio măsură de conservare contrară nu a fost adoptată ca urmare a unei cereri de deschidere a unei proceduri de insolvență în statul respectiv, lichidatorul desemnat de o instanță competentă în procedura principală poate exercita pe teritoriul unui alt stat membru toate atribuțiile conferite de legea statului în care s-a deschis procedura.

Se prevede expres în Regulament că recunoașterea *procedurii principale* nu împiedică deschiderea unei proceduri de către o instanță dintr-un alt stat membru. Aceasta însă constituie o *procedură secundară* de insolvență. Într-o procedură de insolvență secundară sau particulară, recunoașterea de către statele membre se rezumă la respectarea efectelor interne ale acestor proceduri.

Articolul 17 din Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 reglementează efectele recunoașterii hotărârii de deschidere a procedurii. Această hotărâre produce, fără îndeplinirea vreunei formalități suplimentare, în orice alt stat membru efectele pe care i le atribuie legea statului de deschidere, cu excepția cazului unei dispoziții contrare în regulamentul și atât timp cât nu este deschisă în celălalt stat membru nicio *procedură particulară* de insolvență. Efectele procedurii particulare nu pot fi contestate în alte state membre.

Scopul principal urmărit de prevederile actului Uniunii Europene este tratamentul egal acordat tuturor creditorilor. Regulamentul interzice discriminarea creditorilor străini din statele membre ale Uniunii Europene la depunerea *declarațiilor de creanță* și la participarea la procedură atât în procedurile principale, cât și în cele secundare.

^[1] T.M. Bantaș, Competența jurisdicțională și efectele hotărârilor străine în materia procedurilor de insolvență, în R.R.D.A. nr. 6/2012, p. 35.

Totuși, pentru protejarea anumitor categorii de creditori (salariații cu contracte de muncă încheiate în țară, creditori cu garanții reale instituite potrivit legii naționale) s-a admis și posibilitatea deschiderii unei proceduri secundare. Efectele acestei proceduri se limitează însă doar la bunurile debitorului situate pe teritoriul celui de-al doilea stat membru.

18. Potrivit dispozițiilor art. 321 din Codul insolvenței, dacă asupra unei *instituții de credit* dintr-un stat membru al Uniunii Europene, care desfășoară activitate pe teritoriul României, au fost dispuse măsuri de reorganizare sau o procedură de lichidare, aceste măsuri se aplică fără alte formalități pe teritoriul României și produc efecte în condițiile și de la data prevăzute în legislația statului membru respectiv. Se impune însă efectuarea publicității deschiderii procedurii. Astfel, la primirea notificării de la autoritatea competentă a statului membru de origine, Banca Națională a României va informa de îndată, prin publicarea în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, despre decizia de deschidere a unei proceduri de reorganizare judiciară sau de faliment. De asemenea, hotărârea se comunică oficiului registrului comerțului la care sucursala instituției de credit respectivă este înregistrată, pentru efectuarea mențiunilor.

Persoanele împuternicite să pună în aplicare măsurile dispuse de autoritatea administrativă sau judiciară din statul membru de origine (administrator, *lichidator*) pot acționa, fără altă formalitate, pe teritoriul României în baza unei copii certificate de pe actul de numire sau a unui certificat emis de respectiva autoritate, însoțite de o traducere în limba română. Aceste persoane vor putea exercita pe teritoriul României toate competențele care le revin potrivit legislației din statul membru de origine. Ele vor putea să numească alte persoane care să le reprezinte pe teritoriul României, inclusiv în scopul de a acorda asistență creditorilor pe parcursul aplicării măsurilor în cauză.

În cazul *societăților de asigurare/reasigurare*, procedura *falimentului* își produce efectele în întreaga Uniune Europeană din momentul în care aceasta își produce efectele în statul membru unde ea s-a declanșat. Principiul este consacrat și de art. 332 din Codul insolvenței.

Cu privire la aplicarea procedurii falimentului în ceea ce privește o societate de asigurare, persoană juridică română, inclusiv sucursalele acesteia din alte state membre ale Uniunii Europene, hotărârea de deschidere a procedurii falimentului, precum și efectele acesteia se află sub incidența legii statului român și este recunoscută, fără o altă formalitate, pe teritoriile tuturor celorlalte state membre și își produce efectele în aceste state, de îndată ce decizia își produce efectele în statul român. Procedura redresării financiare sau a falimentului, dispusă asupra unei societăți de asigurare dintr-un alt stat membru, care desfășoară activitate pe teritoriul României, se aplică fără alte formalități pe teritoriul statului român și produce efecte în condițiile și de la data prevăzute în legislația din statul membru respectiv.

În Uniunea Europeană sistemul de *recunoaștere a hotărârilor judecătorești* în general^[1], dar și în domeniul insolvenței, este fondat pe *încrederea reciprocă între statele membre*. Reglementarea recunoașterii și efectelor hotărârilor de deschidere a unor proceduri de insolvență și în cazul debitorilor care nu intră sub incidența Regulamentului (CE)

[1] A. Fuerea, op. cit., p. 305-312.

nr. 1346/2000 respectă același principiu al colaborării și încrederii dintre statele membre ale Uniunii Europene.

În cazul instituțiilor de credit și a societăților de asigurare/reasigurare, Codul insolvenței reglementează raporturile de *drept internațional privat* în materia falimentului acestora în raport cu alte state membre ale Uniunii Europene. Aceste entități nu intră în domeniul de aplicare al Regulamentului (CE) nr. 1346/2000.

Secțiunea a 8-a. Coordonarea procedurii insolvenței grupurilor de societăți

19. Un element de noutate în Codul insolvenței este și reglementarea situației în care mai mulți membri ai unui grup de societăți se află în proceduri de insolvență^[1].

Există două posibilități de abordare a legiferării în domeniul *insolvenței* apărute în cadrul *grupului de societăți*: norme care să prevadă „*consolidarea*” *procedurilor de insolvență* deschise împotriva membrilor și/sau dispoziții privind „*coordonarea*” acestora. Fiecare dintre aceste opțiuni are avantaje și dezavantaje.

Consolidarea presupune ca toate procedurile deschise împotriva societăților ce fac parte dintr-un grup să se reunească în fața unei singure instanțe și să se numească același *practician în insolvență* care să gestioneze procedura de insolvență a grupului. Se poate merge și mai departe în sensul consolidării activului și pasivului, toate bunurile societăților din grup să fie valorificate pentru acoperirea tuturor creanțelor existente împotriva acestora. Această variantă ar putea conduce la stimularea unei strategii uniforme de redresare a activității economice a grupului, dar ar încălca *autonomia juridică* a diferitelor *societăți membre ale grupului* și ar putea dezavantaja creditorii care au ca debitori societăți cu mai multe active, deci cu garanții mai consistente.

În consecință, în situația în care se consideră adecvată introducerea unei reglementări exprese privind consolidarea procedurilor, acest lucru trebuie să fie făcut într-un mod care să respecte personalitatea juridică distinctă a fiecărei societăți membre a grupului și să ia în considerare *reunirea* (amestecul) *activelor și pasivelor* debitorilor aflați în insolvență într-un mod care le face neidentificabile. Legea trebuie să vină cu prevederi clare care să prevină întocmirea de către debitori a unei scheme frauduloase și să protejeze toți creditorii.

O altă variantă este cea de reglementare a unor mecanisme de cooperare și coordonare a procedurilor de insolvență declanșate împotriva mai multor membri ai grupului de societăți. Legea trebuie să încurajeze *comunicarea de informații* și chiar să oblige instanțele și practicienii în insolvență să coopereze cât mai mult între ei. Aceste măsuri pot conduce la îmbunătățirea deciziilor economice luate în cadrul procedurilor de insolvență și la evitarea luării unor hotărâri contradictorii.

Legiuitorul român din 2014, în Codul insolvenței, Titlul II, „Procedura insolvenței”, a alocat Capitolul II reglementării procedurii insolvenței ivite în cadrul grupului de societăți, pentru care s-au prevăzut și dispoziții speciale, derogatorii de la normele de drept comun

^[1] M. Comșa, Considerații generale privind procedura insolvenței grupului de societăți, 19 decembrie 2013, www.juridice.ro.

în materia procedurii insolvenței^[1]. Varianta care s-a ales de către legiuitor a fost *reunirea procedurilor* pornite împotriva unor debitori membri ai unui grup de societăți în fața aceleiași instanțe (tribunalul în a cărui circumscripție teritorială își are sediul societatea-mamă sau, după caz, societatea cu cea mai mare cifră de afaceri conform ultimei situații financiare publicate, pentru toate societățile membre ale grupului), dar fără consolidarea procedurilor (se formează dosare separate repartizate aceluiași *judecător-sindic* și vor exista *comitete ale creditorilor* pentru fiecare debitor).

Deschiderea procedurilor societăților dintr-un grup are loc la cererea debitorilor sau a creditorilor^[2]. Dacă se formulează o cerere comună, fiecare debitor este obligat să depună la dosarul cauzei documentele prevăzute a fi depuse potrivit prevederilor art. 67 din Codul insolvenței, dar și înscrisuri suplimentare, care, potrivit dispozițiilor art. 194, sunt: a) o listă completă cuprinzând membrii grupului, fie că aceștia fac sau nu obiectul *cererii de deschidere a procedurii* insolvenței; b) o descriere a modului în care se desfășoară activitatea în cadrul grupului; c) o listă a contractelor încheiate între membrii grupului și aflate în derulare.

Articolul 196 instituie o derogare de la dispozițiile art. 66 alin. (1) din lege în sensul că, pentru a evita deschiderea ulterioară a procedurii insolvenței împotriva sa, un membru al unui grup care nu este în stare de insolvență sau *insolvență iminentă* poate subscrie la o cerere comună de deschidere a procedurii insolvenței. În această situație, cererea comună de deschidere a procedurii insolvenței trebuie să fie aprobată de adunarea generală a asociaților/acționarilor respectivului membru al grupului.

20. În Titlul III, Capitolul III din Codul insolvenței se regăsesc prevederi referitoare la *coordonarea procedurilor de insolvență* deschise împotriva mai multor membri ai unui grup de societăți atunci când una sau mai multe societăți din grup sunt străine. În această situație nu se mai pune problema reunirii procedurilor în fața aceluiași *judecător-sindic*, ci se pune accent pe *cooperare*. Art. 305-310 din Codul insolvenței stabilesc formele, mijloacele de cooperare și limitele acestora.

Astfel, potrivit art. 305 din Codul insolvenței, în cazul în care procedura străină și procedura română de insolvență se referă la două sau mai multe societăți care fac parte dintr-un grup de societăți, instanța română și reprezentantul român, pe de o parte, vor coopera, într-o măsură cât mai extinsă, cu instanța străină și reprezentantul străin, pe de altă parte, în ipoteza în care o astfel de cooperare este oportună pentru a facilita coordonarea eficientă a procedurilor, nu este incompatibilă cu normele aplicabile unor astfel de proceduri și nu antrenează un conflict de interese.

În cadrul formelor de cooperare dintre reprezentantul român și reprezentantul străin, pe lângă mijloacele prevăzute în cadrul art. 297-299^[3], reprezentantul român, în exercitarea atribuțiilor și sub supravegherea instanței: a) va putea comunica direct informații și acte procedurale aferente procedurilor de insolvență; b) va analiza posibilitatea *reor-*

^[1] Potrivit art. 183, „Prevederile cap. I se vor aplica în mod corespunzător procedurii insolvenței grupului de societăți, cu derogările și completările prevăzute în prezentul capitol”.

^[2] Art. 192 și art. 193.

^[3] Aceste mijloace implică: a) desemnarea unei persoane sau a unui organ care să acționeze potrivit indicațiilor instanței; b) comunicarea de informații prin orice mijloace pe care instanța le consideră adecvate; c) coordonarea administrării și supravegherii bunurilor și a activității debitorului; d) aprobarea sau punerea în aplicare de către instanțe a acordurilor de coordonare a procedurilor; e) coordonarea procedurilor concomitente referitoare la același debitor.

ganizării grupului de societăți și, în cazul în care o astfel de posibilitate există, va sprijini propunerea, negocierea și punerea în aplicare a unui plan comun de reorganizare, acționând de o manieră coordonată cu reprezentantul străin; c) va putea încheia, împreună cu reprezentantul străin, un *acord de insolvență transfrontalieră*.

Conform art. 310 din Codul insolvenței, acordul de insolvență transfrontalieră este încheiat în baza aprobării prealabile de către adunarea creditorilor, potrivit legii și cu respectarea condițiilor prevăzute de procedura străină. Acest acord va putea cuprinde: a) alocarea responsabilităților, inclusiv prin desemnarea unuia dintre reprezentanți în calitate de reprezentant coordonator; b) modalitatea de administrare și supraveghere a membrilor grupului de societăți, inclusiv în ceea ce privește desfășurarea activităților curente; c) finanțările acordate sau care vor fi acordate ulterior deschiderii procedurii; d) modalitățile de administrare, conservare sau valorificare a bunurilor; e) fixarea corelată a datelor ședințelor adunării creditorilor; f) tratamentul creanțelor intragrup.

În ceea ce privește instanțele române, potrivit art. 308 din Codul insolvenței, în cadrul formelor de cooperare, pe lângă mijloacele prevăzute la art. 297-299, acestea vor coopera cu instanțele și reprezentanții străini, inclusiv prin: a) coordonarea administrării și supravegherii bunurilor și a activităților societăților care fac parte din grupul de societăți; b) coordonarea desfășurării ședințelor de judecată, inclusiv prin posibilitatea stabilirii unor ședințe comune; c) coordonarea aprobării și a punerii în aplicare a *planului de reorganizare*; d) comunicarea de informații sau acte procedurale privind procedura română de insolvență a unuia dintre membrii grupului de societăți; e) posibilitatea aprobării unui acord de insolvență transfrontalieră având ca obiect coordonarea procedurilor de insolvență; f) posibilitatea desemnării unui reprezentant comun în procedurile de insolvență, cu verificarea inexistenței unui conflict de interese.

Procedura de cooperare între instanțele românești, pe de o parte, și instanțele și reprezentanții străini, pe de altă parte, nu va aduce însă nicio atingere principiilor de independență și imparțialitate sub care își desfășoară activitatea puterea judecătorească sau drepturilor și intereselor legitime ale participanților la procedura insolvenței, potrivit legii române.

Este de menționat că, în privința relației cu statele membre ale Uniunii Europene, Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 nu cuprinde în acest moment dispoziții referitoare la grupurile de societăți. Evaluându-se acest act normativ, s-a remarcat că grupul de societăți este o realitate economică care nu are reglementare în această materie, a procedurilor de insolvență. Proiectul de regulament al Parlamentului European și al Consiliului de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 privind procedurile de insolvență^[1], aflat în prezent în discuție, a propus o definire a acestor concepte de grup, membru al grupului de societăți, societate-mamă etc. și a preferat includerea unor dispoziții clare de cooperare și coordonare a procedurilor deschise împotriva unor membri ai unui grup de societăți. S-a renunțat la proiectul inițial de consolidare a procedurilor la centrul principalelor interese al „societății-mamă”, urmărindu-se scopul principal al modificării și completării

^[1] Propunerea de Regulament de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 este disponibilă online la adresa http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com%282012%290744_/com_com%282012%290744_ro.pdf

actului, care este stimularea „salvării întreprinderilor viabile”^[1] și îmbunătățirea cadrului normativ existent, dar cu respectarea drepturilor statelor membre.

Data fiind absența dispozițiilor normative în materia insolvenței grupurilor de societăți, prin noul proiect de regulament se propune o abordare pragmatică, de creare a unor mecanisme de comunicare între organele care aplică procedurile și de coordonare a procedurilor de insolvență ale unor membri diferiți ai grupului de societăți. România s-a exprimat în favoarea acestei abordări. Dezvoltarea mecanismelor de comunicare și cooperare va spori eficacitatea procedurilor de insolvență, inclusiv la nivelul grupurilor de societăți cu elemente transfrontaliere.

^[1] European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee. A new European approach to business failure and insolvency, disponibilă online la adresa http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_en.pdf.

CAPITOLUL XX. RĂSPUNDEREA PENALĂ PENTRU INFRAȚIUNI ÎN LEGĂTURĂ CU INSOLVENȚA

Secțiunea 1. Considerații generale

1. Falimentul unei afaceri, fenomen normal într-o economie de piață, devine un factor patogen când este cauzat prin mijloace frauduloase și cu atât mai periculos cu cât tinde să devină endemic. Megaîmprumuturile bancare, cumpărarea unor cantități supradimensionate de mărfuri în raport cu resursele economice ale cumpărătorului și alte asemenea „inginerii financiare”, toate urmate de „ducerea” în faliment a firmei prin înstrăinarea activelor și nerestituirea împrumuturilor sau neplata mărfurilor cumpărate, sunt modalități cotidiene sub care se manifestă *falimentul fraudulos*.

Deschiderea procedurii insolvenței societății poate oferi prilejul constatării faptului că starea de insolvență nu se datorează riscului normal al afacerilor sau nu numai acestuia, ci și unor manopere frauduloase ale debitorului care, anticipând starea de insolvență, a avut „grija” de a înstrăina active importante din patrimoniul său, eludând astfel *dreptul de gaj general al creditorilor* prin sustragerea de la executarea silită a unor bunuri.

Pentru că reglementarea insolvenței, deși ar fi trebuit să fie bisturiul care operează cancerul sistemului economic, l-a tolerat prin proceduri prea lente, în ciuda deselor modificări ale legislației, și nu în ultimul rând prin pasivitate, prin neutilizarea tuturor mijloacelor juridice existente pentru a antrena răspunderea celor vinovați de producerea lui.

Ne-am oprit asupra *formelor de răspundere penală pentru insolvența frauduloasă* pentru că normele care reglementează această răspundere constituie nucleul dur al oricărei legiferări în domeniul insolvenței și după noi legiferări atât în domeniul dreptului penal, cât și al insolvenței relevarea disfuncționalităților vechilor reglementări și elementele de noutate aduse de noile reglementări pot contribui la o mai bună aplicare a acestora.

Vom examina în ce măsură abrogarea Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței a avut consecințe asupra infracțiunilor prevăzute în acea lege, precum și ce consecințe are intrarea în vigoare a noului Cod al insolvenței asupra conținutului infracțiunilor în legătură cu insolvența.

Secțiunea a 2-a. Infracțiunile de bancrută

§1. Bancruta – de la legile speciale la Codul penal

2. Incriminate prin tradiție în legislația română în domeniul legilor speciale cu dispoziții penale, fie că au fost ele Codul comercial, Legea nr. 31/1990, Legea nr. 64/1995 sau Legea nr. 85/2006, bancruta simplă și bancruta frauduloasă au fost extrase, prin prevederile noului Cod penal, din materia insolvenței și incriminate în domeniul infracțiunilor contra patrimoniului prin nesocotirea încrederii creditorilor.

Modelul de incriminare în sine nu este de condamnat, bancruta regăsindu-se și în alte legislații incriminată în codurile penale (Codul penal portughez – art. 227-228; Codul penal german – art. 283; Codul penal francez – art. 314-7; Codul penal spaniol – art. 257-261 etc.), dar deseale modificări sau abrogarea urmată de reîncriminare au estompat caracterul disuasiv al normelor penale, aplicabilitatea lor fiind mult restrânsă în practica judiciară față de amplitudinea insolvenței frauduloase.

Articolul 175 pct. 5 din Legea nr. 187/2012 de punere în aplicare a noului Cod penal a abrogat începând cu 1 februarie 2014 prevederile art. 143-148 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, privitoare la incriminarea infracțiunilor de bancrută simplă, bancrută frauduloasă, gestiune frauduloasă și delapidare, cu aceeași dată intrând în vigoare prevederile art. 241-243 și art. 295 din noul Cod penal care incriminează aceleași fapte. Abrogarea legii nu se identifică cu dezincriminarea infracțiunii, deoarece aceasta poate să continue a fi incriminată într-un alt text de lege.

Conform art. 3 din Legea nr. 187/2012, dispozițiile art. 4 C. pen. privind legea penală de dezincriminare sunt aplicabile și în situațiile în care o faptă determinată, comisă sub imperiul legii vechi, nu mai constituie infracțiune potrivit legii noi datorită modificării elementelor constitutive ale infracțiunii, inclusiv a formei de vinovăție, cerută de legea nouă pentru existența infracțiunii.

Cum abrogarea unei norme de incriminare nu înseamnă întotdeauna dezincriminarea faptei, urmează să examinăm în primul rând în ce măsură dispozițiile abrogatoare au avut ca efect dezincriminarea infracțiunii sau numai modificarea condițiilor de existență a infracțiunii ori de tragere la răspundere penală a făptuitorului.

§2. Insolvența ca situație premisă a infracțiunilor de bancrută

3. Infracțiunile de bancrută nu pot fi comise decât pe fondul stării de insolvență a debitorului. Starea de insolvență a debitorului există ori de câte ori debitorul nu poate face față datoriei sale certe, lichide și exigibile cu sumele de bani disponibile

Conform noului Codului insolvenței, *starea de insolvență* a debitorului se prezumă atunci când acesta, după 60 de zile de la scadență, nu a plătit datoria sa față de creditor; prezumția este relativă, debitorul fiind cel care trebuie să facă dovada existenței lichidităților necesare pentru plata datoriei sale certe, lichide și exigibile.

Codul insolvenței pe lângă definirea generală a insolvenței conține prevederi speciale privind insolvența *instituțiilor de credit* și a *societăților de asigurare/reasigurare*. Astfel, infracțiunile de bancrută simplă sau frauduloasă pot fi comise și de administratorii instituțiilor de credit și ai societăților de asigurare/reasigurare

Starea de insolvență fiind o stare de fapt poate fi dovedită prin orice mijloace de probă, nefiind necesară declanșarea procedurii insolvenței^[1].

Infracțiunea de *bancrută frauduloasă* prevăzută de art. 143 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 85/2006 impunea existența unei situații premisă – „insolvența debitorului”, sintagmă pe care o prelua din vechea reglementare a bancrutei frauduloase [art. 141 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 64/1995]. Chiar în absența unei prezumții legale relative, de natura celei instituite prin art. 3 pct. 1 lit. a) din Legea nr. 85/2006, sub imperiul Legii nr. 64/1995, literatura și jurisprudența au fost unanime asupra dublei semnificații a insolvenței, atât ca stare juridică (*ens juris*) în care se găsește un profesionist împotriva căruia s-a

[1] V. Pașca, Falimentul fraudulos. Răspundere și sancțiuni, Ed. Lumina Lex, București, 2005, p. 155.

pronunțat o hotărâre declarativă de insolvență, cât și ca stare de fapt (*ens facti*) în care se află profesionistul care a încetat plățile.

Cu toate acestea, în practica judiciară au fost pronunțate soluții în sensul îndeplinirii situației premisă a infracțiunii de bancrută frauduloasă doar în ipoteza în care insolvența debitorului era constatată printr-o hotărâre a judecătorului-sindic, excluzând teza după care și o insolvență de fapt este suficientă să realizeze situația premisă.

A admite opinia potrivit căreia nu putem fi în prezența unei infracțiuni de bancrută frauduloasă decât în cazul constatării insolvenței pe cale judecătorească, practic, ar lipsi această infracțiune așa cum este ea reglementată de Codul penal de orice conținut și chiar de finalitatea sancționării celui care adoptă o atare atitudine. Mai mult, nici nu ar fi de conceput posibilitatea de a formula plângere prealabilă pentru infracțiunile de bancrută, dacă starea de insolvență nu ar fi concepută ca o stare de fapt (*ens facti*), ci doar ca o stare juridică (*ens juris*).

Starea de insolvență ca stare de fapt constând în acea stare a patrimoniului debitorului care se caracterizează prin insuficiența fondurilor bănești disponibile pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile se dovedește de regulă cu actele contabile sau extra-sele de cont bancar ale debitorului.

Starea de insolvență nu se confundă cu *insolvabilitatea* care exprimă o stare de precaritate mult mai accentuată a patrimoniului debitorului, activul său patrimonial fiind mai mic decât pasivul, astfel că nu se pot realiza creanțele creditorilor chirografari prin vânzarea întregii averi a debitorului^[1].

Pentru existența infracțiunii de *bancrută simplă* se cere ca insolvența, ca stare de fapt, să se fi instalat, nefiind suficientă existența *insolvenței iminente*. Pe lângă starea de insolvență instalată se cere să fi trecut mai mult de 6 luni de la apariția stării de insolvență.

Dacă deschiderea procedurii insolvenței are ca efect *suspendarea de drept* a tuturor acțiunile judiciare, extrajudiciare sau a măsurilor de executare silită pentru realizarea creanțelor asupra averii debitorului, acest efect nu se extinde asupra acțiunii penale care are ca obiect tragerea la răspundere penală a persoanei vinovate de săvârșirea bancrutei frauduloase și nici asupra acțiunii civile exercitate în procesul penal alături de acțiunile penale.

Procesul penal nu poate fi suspendat de procedura insolvenței în ciuda unor legături indiscutabile cu aceasta, datorate aceleiași stări de fapt care este insolvența. Nici reversul situației nu este valabil, în sensul că punerea în mișcare a acțiunii penale împotriva bancrutarului fraudulos nu are efecte asupra procedurii insolvenței, neputându-se dispune suspendarea procedurii, așa cum este cazul cu acțiunea civilă exercitată separat.

§3. Bancruta simplă

3.1. Incriminarea din noul Cod penal și incriminarea din Legea nr. 85/2006. Legea mai favorabilă

4. Noul Cod penal incriminează infracțiunea de *bancrută simplă* într-un articol distinct de incriminarea bancrutei frauduloase, spre deosebire de prevederile art. 143

^[1] V. Pașca, op. cit., p. 157.

din Legea nr. 85/2006 care prevedea cele două infracțiuni în cuprinsul aceluiași articol, dar în aliniate distincte.

Articolul 240 din noul Cod penal are un conținut aproape similar celui prevăzut de art. 143 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, doar că referirea la „termenul prevăzut de art. 27” din legea amintită este înlocuită cu referirea la „termenul prevăzut de lege”. Regimul sancționator este identic (închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă), motiv pentru care, cel puțin aparent, nu ar exista nicio deosebire între cele două norme de incriminare și totuși nu este așa, deoarece, dacă s-ar aplica amenda, legea mai favorabilă ar fi vechiul Cod penal, care prevedea amenda între 300 și 15.000 [art. 63 alin. (3)], pe când în sistemul zilelor amendă instituit de noul Cod penal, pedeapsa ar fi între 1.200 lei (120 zile amendă x10 lei/zi) și 120.000 lei (240 zile amendă x500 lei/zi).

Sub aspectul condițiilor de tragere la răspundere penală prevederile art. 240 din noul Cod penal constituie legea mai favorabilă, deoarece condiționează exercitarea acțiunii penale de plângerea prealabilă a persoanei vătămate, aspect ale cărui consecințe le vom examina și în cazul bancrutei frauduloase.

3.2. Obiectul juridic și obiectul material al infracțiunii

5. a) *Obiectul juridic specific* al infracțiunii îl constituie relațiile sociale referitoare la încrederea creditorilor în executarea cu bună-credință de către debitor a obligațiilor de plată a datoriilor.

b) *Obiectul material* – infracțiunea de bancrută simplă nu are obiect material, deoarece omisiunea făptuitorului nu se răsfrânge asupra vreunui bun material.

3.3. Subiecții infracțiunii

6. a) *Subiectul activ nemijlocit (autor)* al infracțiunii de bancrută simplă, deși legiuitorul nu se referă la calitatea acestuia, în realitate este un subiect calificat, neputând fi decât persoana fizică sau reprezentantul legal al persoanei juridice (administratorul unic, directorul, managerul etc.), care având atribuții de reprezentare a societății, are și obligația introducerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

În cazul unei societăți comerciale cu răspundere limitată cu asociat unic este evident că acesta are calitatea de subiect activ al infracțiunii. În cazul societăților în nume colectiv și în comandită simplă, deoarece dreptul de a reprezenta societatea aparține fiecărui administrator, obligația introducerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței, revenind fiecărui administrator, toți pot fi autori ai infracțiunii.

În cazul societăților pe acțiuni, obligația introducerii cererii de deschidere a procedurii insolvenței revine membrilor consiliului de administrație, președintelui consiliului de administrație, directorului general și directorului economic, în funcție de atribuțiile stabilite prin statut, prin hotărâri ale adunării generale a acționarilor sau ale consiliului de administrație.

Autor al infracțiunii poate fi și mandatarul ad-hoc numit de debitor în fazele premergătoare insolvenței.

Participația penală este posibilă doar în forma instigării sau a complicității. Coautoratul nu este posibil în cazul omisiunii pure, dar este posibil în modalitatea introducerii tardive a cererii de deschidere a procedurii insolvenței.

Subiect activ poate fi și persoana juridică în măsura în care aceasta are calitatea de asociat unic al societății în insolvență sau asigură managementul acesteia.

b) *Subiecții pasivi ai infracțiunii de bancrută* sunt creditorii, acționarii societății sau deținătorii de obligațiuni, ale căror creanțe sunt diminuate sau imposibil de executat datorită falimentului.

3.4. Conținutul constitutiv al infracțiunii

3.4.1. *Latura obiectivă*

7. a) *Elementul material.* Infracțiunea de bancrută simplă se săvârșește în două modalități, una constând într-o omisiune pură, respectiv în neintroducerea cererii, și alta constând într-o acțiune, respectiv în introducerea tardivă a cererii de declanșare a procedurilor.

Infracțiunea de bancrută simplă este o *infracțiune omisivă* în ambele modalități de comitere, neintroducerea cererii de deschidere a procedurii sau introducerea tardivă, deoarece și în această modalitate introducerea tardivă a cererii este precedată de consumarea infracțiunii în modalitatea ei omisivă, respectiv neintroducerea cererii în termenul prevăzut de lege, termen care curge de la data apariției stării de insolvență.

Obligația introducerii cererii se naște în momentul în care a apărut starea de insolvență, dată de la care debitorul are la dispoziție un termen de maxim 30 de zile pentru a introduce cererea. Depășirea acestui termen cu mai mult de 6 luni face să se consume infracțiunea de bancrută simplă. Practic omisiunea introducerii cererii de declanșare a procedurii insolvenței trebuie să depășească 7 luni de la data instalării stării de insolvență.

Cealaltă modalitate de realizare a laturii obiective constă în introducerea cererii de deschidere a procedurii insolvenței după expirarea celor 7 luni de la instalarea stării de insolvență.

Cererea respectivă trebuie introdusă la tribunalul pe a cărui rază teritorială se găsește sediul ori domiciliul persoanei aflate în insolvență.

În practica judiciară s-a statut că nu subzistă această obligație dacă cererea de declanșare a insolvenței a fost introdusă de un creditor. Astfel, făptuitorul a susținut că nu a considerat că trebuia să introducă și el cerere, cât timp cunoștea că o astfel de cerere a fost formulată de DGFP și a fost și prezent la judecată. S-a reținut, de către procuror, că sunt incidente dispozițiile art. 10 lit. d) CPP 1968 [art. 16 alin. (1) lit. b) NCPP (*n.n.*)], întrucât DGFP se adresase cu o cerere la Tribunalul Galați, solicitând deschiderea procedurii insolvenței, astfel că nu mai era nevoie ca și făptuitorul să depună o astfel de cerere.

Având în vedere că este vorba de o reglementare specială, s-a apreciat că făptuitorul nu a fost în măsură să interpreteze dispozițiile legale și că a considerat că din moment ce se declanșează procedura insolvenței nu mai are obligația de a formula și el o cerere. În consecință, s-a apreciat că nu sunt întrunite elementele constitutive ale infracțiunii de bancrută simplă, sub aspectul laturii subiective, dacă făptuitorul nu declanșează procedura insolvenței, cât timp cunoștea că o astfel de cerere a fost formulată de DGFP și a fost și prezent la judecată^[1].

Considerăm că termenul de șase luni este mult prea mare și de natură să facă ineficientă norma penală, timp în care debitorul poate înstrăina sau ascunde singurele bunuri care ar putea fi valorificate, transformând insolvența în *insolvabilitate*.

^[1] C.A. Galați, s. pen., dec. nr. 517/2009, nepublicată.

b) *Urmarea imediată* constă în crearea unei stări de pericol pentru interesele creditorilor, ale căror creanțe ar putea să nu mai fie achitate din cauza ajungerii patrimoniului creditorului în stare de insolvabilitate.

c) *Legătura de cauzalitate* nu este necesar să fie probată ea rezultând din starea de insolvență a debitorului conjugată cu pasivitatea acestuia.

3.4.2. *Latura subiectivă*

8. *Latura subiectivă* a infracțiunii se poate realiza sub forma intenției directe sau indirecte. Spre deosebire de reglementarea anterioară în care omisiunea din culpă realiza conținutul laturii obiective a infracțiunii, deoarece art. 19 alin. (3) CP 1969 prevedea că fapta constând într-o inacțiune constituie infracțiune fie că este săvârșită cu intenție, fie din culpă, în noua reglementare fapta comisă din culpă constituie infracțiune numai când legea o prevede în mod expres [art. 16 alin. (6) NCP nu prevede incriminarea faptei săvârșite din culpă].

3.5. Tentativa și consumarea infracțiunii

9. *Actele preparatorii* nu sunt posibile în cazul omisiunii.

Tentativa în cazul nedepunerii în termen a cererii nu este posibilă, iar în modalitatea depunerii tardive a cererii, tentativa infracțiunii, deși posibilă, nu este pedepsită.

Consumarea infracțiunii se realizează în momentul expirării perioadei de introducere a cererii de deschidere a procedurii de insolvență. Faptul că pentru consumarea infracțiunii trebuie să treacă un termen de mai mult de 6 luni după cele 30 de zile de la apariția stării de insolvență în care trebuie introdusă cererea de declanșare a procedurii insolvenței face practic lipsită de eficiență plângerea prealabilă, iar norma de incriminare pierde efectul ei disuasiv, amenințarea cu pedeapsa neavând niciun efect asupra persoanei care are obligația de a introduce o asemenea cerere.

3.6 Aspecte procesuale și regimul sancționator

10. Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate. Retragerea plângerii prealabile are ca efect, în cursul urmăririi penale, clasarea cauzei, iar în faza de judecată încetarea procesului penal față de acel inculpat cu privire la care s-a retras plângerea.

Competența de efectuare a urmăririi penale revine organelor de poliție, iar judecata este de competența judecătoriei.

Sancționarea infracțiunii constă în închisoare de la 3 luni la un an sau amendă. Cuantumul amenzii se stabilește prin sistemul zilelor-amendă. Suma corespunzătoare unei zile-amendă, cuprinsă între 10 lei și 500 lei, se înmulțește cu numărul zilelor-amendă care este între 120 și 240 de zile-amendă, când legea prevede pedeapsa amenzii alternativ cu pedeapsa închisorii de cel mult doi ani.

§4. Bancruta frauduloasă

4.1. Incriminarea din noul Cod penal și incriminarea din Legea nr. 85/2006. Legea mai favorabilă

11. Noul Cod penal incriminează în art. 241 în mod identic fapta ca și art. 143 alin. (2) lit. a)-c) din Legea nr. 85/2006, astfel că nici sub aspectul condițiilor de incriminare și nici al regimului sancționator nu se pune problema legii penale mai favorabile.

4.2. Obiectul juridic și obiectul material al infracțiunii

12. a) *Obiectul juridic specific* Obiectul juridic specific (individual) al infracțiunii de bancrută frauduloasă este complex, caracteristic de alt fel infracțiunilor complexe. Obiectul juridic specific principal îl constituie relațiile sociale privind dreptul de gaj al creditorilor societății asupra patrimoniului acesteia și executarea cu bună credință a obligațiilor comerciale. Obiectul juridic specific adiacent sau secundar este identic cu obiectul juridic specific al infracțiunilor absorbite, respectiv al infracțiunilor de fals, sustragere sau distrugere de înscrisuri sau gestiune frauduloasă.

b) *Obiectul material.* În cazul infracțiunii de bancrută frauduloasă, acțiunile care se grefează pe starea de încetare de plată și-i conferă caracter infracțional se exercită asupra unor obiecte, înscrisuri sau bunuri, determinând o transformare în materialitatea acestora sau în situația lor juridică.

În raport de modalitățile de comitere a infracțiunii de bancrută frauduloasă, obiect material al acestei infracțiuni îl pot constitui evidențele societății, în cazul acțiunilor de falsificare, sustragere sau distrugere a acestora sau bunuri aparținând societății, în cazul acțiunilor de ascundere sau de înstrăinare a unor elemente ale patrimoniului.

Prin expresia „*evidențele societății*” legiuitorul a înțeles să acorde protecție legală tuturor înscrisurilor care au menirea de a asigura informarea permanentă despre starea economică a societății și deciziile luate de conducerea acesteia.

Deoarece legiuitorul nu a făcut vreo distincție între actele de evidență ale societății, această noțiune se referă atât la registrele contabile obligatorii arătate în art. 20 din Legea contabilității (registru jurnal, registru inventar și registru cartea mare), cât și evidența contabilă primară, evidența de gestiune a societății, precum și evidențele comerciale reglementate de Legea nr. 31/1990.

4.3. Subiecții infracțiunii

13. a) *Subiectul activ nemijlocit* (autor) al infracțiunii de bancrută frauduloasă este, de regulă, un reprezentant al entității aflate în insolvență.

Deoarece legiuitorul nu a prevăzut necesitatea vreunei calități a infractorului subiect activ al acțiunii de falsificare a evidențelor societății, de sustragere sau distrugere a acestora, ori ascundere a unei părți din active, acesta poate fi orice persoană din cadrul entității aflate în insolvență.

Înfățișarea unor datorii inexistente sau prezentarea în registrele debitorului, în alte acte sau în situația financiară a unor sume nedatorate poate fi săvârșită de orice persoană care are sau nu atribuții în cadrul societății cu privire la întocmirea unor documente sau ținerea unor evidențe pe linie financiar-contabilă ori administrativă.

Ordinul conducătorului ierarhic nu justifică fapta și nu absolvă de răspundere penală. Cel care a dat ordinul (președinte al consiliului de administrație, director etc.) răspunde pentru instigare.

Este mai puțin probabil ca orice persoană să poată fi autor al infracțiunii de bancrută frauduloasă, deoarece o persoană străină de societate nu poate avea reprezentarea stării de încetare a plăților specifică insolvenței.

Acele de înstrăinare sunt comise de regulă de administratorii, directorii sau mandatarii acestora, ei având capacitatea de a dispune de bunurile debitoarei.

Subiect activ al infracțiunii în oricare din modalitățile sale poate fi și administratorul special, administratorul judiciar și lichidatorul judiciar dacă în cursul procedurii săvârșesc una dintre faptele incriminate, fraudând creditorii.

În practica judiciară s-a decis că a săvârșit infracțiunile de bancrută frauduloasă, prevăzută de art. 143 lit. a) și 143 lit. c) din Legea nr. 85/2006, societatea de insolvență numită lichidator judiciar, care prin reprezentantul său a înscris o creanță în tabloul preliminar, ca fiind pură și simplă, deși aceasta era afectată de o condiție neîmplinită, după care a dispus plata parțială a acesteia^[1].

Participația penală este posibilă sub forma coautoratului, instigării sau complicității.

b) *Subiecți pasivi* ai infracțiunii de bancrută sunt creditorii așa cum sunt enumerați în articolele care reglementează distribuția sumelor obținute din vânzarea activului patrimonial, acționarii societății sau deținătorii de obligațiuni ale căror creanțe sunt diminuate sau imposibil de executat din cauza falimentului. În numele lor se exercită și acțiunea civilă alăturată acțiunii penale.

4.4 Conținutul constitutiv al infracțiunii

4.4.1. Latura obiectivă

14. a) *Elementul material* diferă în raport de cele trei variante normative incriminate de legiuitor ca infracțiuni distincte.

Bancruta frauduloasă se poate săvârși în trei variante normative, prima constând în fapta persoanei care, în fraudă creditorilor falsifică, sustrage sau distruge evidențele debitorului ori ascunde o parte din activul averii acestuia, iar a doua în înfățișarea de datorii inexistente sau prezintă în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară sume nedatorate.

A treia variantă normativă a infracțiunii de bancrută frauduloasă constă în înstrăinarea, în caz de insolvență a debitorului, a unei părți din active.

Infracțiunea de bancrută presupune, sub aspectul laturii obiective, existența stării de încetare a plăților, care trebuie să fie precedată, însoțită sau urmată de acțiuni anume indicate de lege și care pot constitui infracțiuni de sine stătătoare, dar care grefate pe starea de incapacitate de plată conferă acesteia caracter infracțional, contopindu-se într-o infracțiune distinctă având un obiect juridic complex:

Falsificarea evidențelor societății se poate realiza prin acțiunea de contrafacere a scrierii sau subscrierii ori prin alterarea conținutului acestora în orice alt mod. Contrafacerea scrierii este operațiunea de reproducere, de plăsmuire, de ticluire a unui înscris dându-i aparență înscrisului oficial. Contrafacerea subscrierii înseamnă reproducerea

[1] C.A. București, sent. pen. nr. 662 din 11 decembrie 2013, nedefinitivă, portal.just.ro.

semnăturii unei persoane reale sau imagine care dă impresia de autenticitate a înscrisului.

Falsificarea evidențelor societății prin alterare se realizează prin adăugiri, ștersături, sau orice alte mijloace care sunt de natură să dea un alt înțeles înscrisului.

Acțiunea de falsificare a evidențelor societății nu îmbracă numai formele de săvârșire a falsului material în înscrisuri oficiale, ci poate să se realizeze și în modalitatea falsului intelectual, evidențele societății fiind falsificate cu ocazia întocmirii sau completării acestora, fie prin consemnarea de date nereale, fie prin omisiunea înscrisurii unor operațiuni reale.

Infrațiunea complexă de bancrută frauduloasă absoarbe în conținutul său infrațiunile de fals material în înscrisuri oficiale, fals intelectual, astfel că nu va exista un concurs de infrațiuni.

15. Sustragerea evidențelor societății se realizează prin acțiunea de luare fără drept a înscrisului din sfera de dispoziție a societății, însușirea tuturor evidențelor sau numai a unora, chiar dacă sustragerea se realizează de către patronul societății. Sustragerea evidențelor societății sau numai a unor acte contabile sau de evidență primară duce la disimularea situației economice a societății, a unor bunuri sau valori ale societății.

Distrugerea evidențelor societății în tot sau în parte are consecințe similare. Acțiunea de distrugere a evidențelor societății se realizează prin nimicirea, alterarea substanței înscrisurilor, prin ardere, rupere, tocare sau alte asemenea modalități care fac înscrisurile de nefolosit sau duc la dispariția fizică a acestora.

Sustragerea sau distrugerea de înscrisuri este incriminată ca infrațiune distinctă, nici în acest caz nu va exista un concurs de infrațiuni, deoarece infrațiunea complexă de bancrută frauduloasă absoarbe în conținutul său infrațiunea de sustragere sau distrugere de înscrisuri.

Acțiunea de ascundere a unei părți din activul averii debitorului poate privi spre exemplu mărfurile dosite în depozite proprii nedeclarate sau la terți pentru a nu fi găsite, efectuarea unor acte de comerț în puncte de lucru nedeclarate, ascunderea unei părți din activ prin conducerea unei evidențe duble etc.

Este suficientă însă ascunderea unui singur bun din activul societății pentru consumarea infrațiunii, acesta constituind parte a activului societății.

Acțiunea de ascundere nu implică în mod necesar scoaterea bunului din posesia sau sfera de dispoziție a societății, ci numai dosirea acestuia pentru a îngreuna identificarea sa și includerea sa în masa gajului general al creditorilor, sustrăgându-l astfel procedurii falimentului.

Infrațiunea de bancrută frauduloasă în această variantă este o infrațiune de rezultat, consumarea ei fiind condiționată de consumarea acțiunii de ascundere.

Înfățișarea de datorii inexistente și prezentarea în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară de sume nedatorate constituie o repetare supărătoare, fapt ce conferă normei de incriminare un efect redundant.

În primul rând, înfățișarea de datorii inexistente și prezentarea de sume nedatorate înseamnă același fapt de mărire artificială a pasivului societății. În al doilea rând, atât înfățișarea, cât și prezentarea de datorii inexistente sau sume nedatorate în registrele societății ori în bilanțul sau alt act emanând de la societate constituie o falsificare a evidențelor societății, modalitate de comitere a infrațiunii deja incriminată.

Nu este însă necesar ca această înfățișare sau prezentare de datorii inexistente să fie și luată în considerație și să-și producă efectele juridice de diminuare a activelor prin plata acestor datorii inexistente. Prezentarea sau înfățișarea acestor datorii inexistente poate îmbrăca forma falsificării registrelor societății cum ar fi registru jurnal, registru de încasări și plăți ori registru de casă, cu ocazia completării lor sau ulterior, prin înscrierea unor datorii inexistente. Datoriile inexistente sau sumele nedatorate pot reprezenta împrumuturi fictive ori plata unor servicii sau bunuri care nu au fost prestate sau livrate societății, după caz.

16. Înstrăinarea, în fraudă creditorilor, în caz de insolvență a debitorului, a unei părți din active presupune starea de insolvență, dovedită prin hotărârea de declanșare a procedurii de insolvență.

Prin înstrăinare în fraudă creditorilor se înțelege transmiterea cu titlu gratuit a unor bunuri din patrimoniul societății, micșorând dreptul de gaj general al creditorilor sau chiar înstrăinările cu titlu oneros, atunci când această înstrăinare se realizează la prețuri derizorii sau sub valoarea de piață a acestor bunuri.

Constituie acte de înstrăinare în fraudă creditorilor nu numai actele translativ de proprietate, ci și actele prin care se transferă unele atribute ale dreptului de proprietate, cum ar fi uzufructul, folosința bunului transmisă printr-un contract de comodat, ori constituirea unor garanții reale asupra bunurilor, de genul ipotecii sau a gajului.

De esența bancrutei frauduloase este vătămarea intereselor legitime ale unor creditori, astfel încât este greșită încadrarea în infracțiunea de bancrută frauduloasă a faptelor de falsificare, sustragere, distrugere de evidențe, de ascundere a activelor, sau de prezentare în bilanțul contabil a unor datorii inexistente, care nu însoțesc sau urmează stării de insolvență, fiind comise în contextul evaziunii fiscale ori în defavoarea asociațiilor. Aceste fapte întrunesc elementele constitutive ale altor infracțiuni cum ar fi evaziunea fiscală, distrugerea, falsul intelectual, sustragerea sau distrugerea de înscrisuri.

Cerința esențială constă în condiția ca oricare din aceste fapte să fie săvârșită în fraudă creditorilor. Acest aspect rezultă deseori din materialitatea faptelor și trebuie să fie dovedit de către organul de urmărire penală.

b) *Urmarea imediată* constă în fraudarea creditorilor, iar efectul este mai pronunțat în cazul acțiunii de înstrăinare a unei părți din activ, care diminuează gajul general al creditorilor.

c) *Legătura de cauzalitate* trebuie să existe între activitatea infracțională și prejudicierea creditorilor.

4.4.2. *Latura subiectivă*

17. Latura subiectivă se poate realiza sub forma intenției directe sau indirecte, fiind suficient ca făptuitorul să își dea seama de consecința unor activități, cum ar fi sustragerea sau distrugerea unor evidențe, chiar dacă nu urmărește în mod direct survenirea consecințelor specifice survenirii falimentului.

Bancruta frauduloasă fiind o fraudare a creditorilor implică în mod conceptual dolul, acel *animus fraudandi* caracteristic oricărei fraude. De aceea, indiferent de modalitatea de comitere, săvârșirea infracțiunii din culpă este exclusă.

4.5. Tentativa și consumarea infracțiunii

18. *Actele preparatorii* nu sunt sancționate. Tentativa infracțiunii de bancrută frauduloasă este pedepsită conform art. 248 C. pen. Există tentativă atunci când se începe executarea acțiunilor descrise în norma de incriminare, dar acțiunea se întrerupe sau, deși dușă până la capăt, nu are loc fraudarea creditorilor.

Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a creditorilor.

Consumarea infracțiunii se realizează în momentul realizării acțiunilor de falsificare, sustragere sau distrugere a evidențelor, de înfățișare a unor datorii inexistente, de prezentare a unor sume nedatorate sau de înstrăinare a unei părți din active.

Infracțiunea poate fi comisă în forma continuată în cazul în care anumite activități infracționale se realizează la intervale diferite de timp, dar în realizarea aceleași rezoluții infracționale, ca de exemplu înstrăinarea unor active.

4.6. Aspecte procesuale și regimul sancționator

19. Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate indiferent de calitatea subiectului pasiv al infracțiunii.

Competența de efectuare a urmăririi penale revine organelor de poliție, iar judecata este de competența judecătoreiei. Pedepsa prevăzută de lege este închisoarea de la 6 luni la 5 ani.

§5. Consecințele condiționării exercițiului acțiunii penale pentru infracțiunile de bancrută de introducerea plângerii prealabile

20. Ceea ce aduce nou Codul penal este faptul că acțiunea penală se pune în mișcare la *plângerea prealabilă a persoanei vătămate*, prevederile acestuia fiind mai favorabile sub aspectul condițiilor de tragere la răspundere penală, deoarece în lipsa plângerii sau ca urmare a retragerii ei, acțiunea penală nu poate fi pusă în mișcare, sau, dacă a fost pusă, ea nu mai poate fi exercitată.

Concilierea intereselor colective cu cele ale victimei justifică în anumite situații ca exercitarea acțiunii penale și tragerea la răspundere penală să fie condiționate de plângerea prealabilă a persoanei vătămate. Din acest punct de vedere, putem spune că plângerea penală este un mijloc de realizare a justiției penale restaurative, cu valențe mai benefice asupra restabilirii ordinii de drept decât pedeapsa.

Conform dispozițiilor art. 295 alin. (3), coroborate cu dispozițiile art. 289 NCPP, dreptul de a introduce plângerea prealabilă își menține caracterul strict personal, individual și netransmisibil, cu excepția, evident, a mandatului special. Așadar, titularul plângerii prealabile este persona fizică sau juridică, titulară a valorii sociale ocrotite, periclitată prin infracțiune.

Infracțiunile de bancrută fiind săvârșite în fraudă creditorilor, titulari ai dreptului de a formula plângerea prealabilă sunt creditorii.

Comitetul creditorilor, deși poate să introducă acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, făcute de debitor în dauna creditorilor, atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de administratorul judiciar sau de lichidator, nu poate însă formula plângerea prealabilă, acest drept fiind exclusiv personal, aparținând fiecărui creditor, care-l poate exercita personal sau prin mandatar special.

Se poate pune problema dacă administratorul sau lichidatorul judiciar, în calitate de funcționar public asimilat, nu ar avea obligația de a sesiza organele de cercetare penală atunci când din datele obținute în procedura insolvenței rezultă indicii rezonabile că s-a comis infracțiunea de bancrută frauduloasă, prin falsificarea evidențelor societății, înfățișarea de datorii fictive sau înstrăinări de bunuri, iar potrivit art. 267 NCP funcționarul public care, luând cunoștință de săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală în legătură cu serviciul în cadrul căruia își îndeplinește sarcinile, omite sesizarea de îndată a organelor de urmărire penală se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă.

Este adevărat că potrivit art. 175 alin. (2) NCP este considerată *funcționar public, în sensul legii penale*, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost investită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public, ori serviciul exercitat de administratorul sau lichidatorul judiciar este un serviciu de interes public, în care a fost investit de o instanță judecătorească și își desfășoară activitatea sub controlul judecătorului-sindic, însă infracțiunea de bancrută frauduloasă nu este o faptă prevăzută de legea penală în legătură cu serviciul în cadrul căruia administratorul sau lichidatorul judiciar își îndeplinește sarcinile, ca atare nesesizarea organelor de urmărire penală nu poate constitui infracțiunea de omisiune a sesizării.

De asemenea *judecătorul-sindic*, deși printre atribuții are conform Codului insolvenței și pe aceea de sesizare a organelor de urmărire penală atunci când există date cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, considerăm că nu se poate substitui titularilor plângerii prealabile, care sunt creditorii. Chiar dacă ar fi sesizate organele de cercetare penală în acest mod, ele au obligația de a cita persoanele vătămate pentru a le întreba dacă înțeleg să facă plângere. În caz afirmativ, organul de urmărire penală continuă cercetarea. În caz contrar, înaintează procurorului actele încheiate cu propunerea de clasare.

În cazul în care persoana vătămată a decedat sau în cazul persoanei juridice care a fost lichidată, înainte de expirarea termenului prevăzut de lege pentru introducerea plângerii, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare din oficiu.

Conform art. 296 alin. (1) NCPP, plângerea prealabilă trebuie introdusă într-un termen de 3 luni de la data la care persoana îndreptățită a depune plângere a aflat despre săvârșirea infracțiunii.

Odată plângerea prealabilă formulată, ea are efecte *in rem*, fiind indivizibilă. Aceasta înseamnă că atunci când sunt mai multe persoane vătămate prin aceeași faptă, aceasta atrage răspunderea penală chiar dacă plângerea penală s-a făcut doar de unii dintre ei – indivizibilitate (solidaritate) activă [art. 157 alin. (2) NCP], iar atunci când fapta a fost comisă de mai mulți participanți, aceasta atrage răspunderea penală a tuturor, chiar dacă plângerea a fost făcută doar cu privire la unul dintre ei indivizibilitate (solidaritate) pasivă [art. 157 alin. (3) NCP].

Lipsa plângerii prealabile înlătură răspunderea penală a făptuitorului, fiind indiferente motivele pentru care persoana vătămată a rămas în pasivitate și nu și-a exercitat dreptul de a formula plângere prealabilă, deși avea posibilitatea să o facă.

Plângerea prealabilă făcută de o persoană care nu are calitatea procesuală ori introdusă după termenul legal echivalează cu lipsa plângerii prealabile, caz în care răspunderea penală a făptuitorului nu poate fi antrenată.

21. În noua reglementare [art. 158 alin. (2) NCP] *retragerea plângerii prealabile* în-lătură răspunderea penală *numai* a persoanei cu privire la care plângerea a fost retrasă (efecte *in personam*), aceasta nemaiaivând efecte cu privire la toți participanții la săvârșirea faptei (*in rem*).

Plasând exercițiul acțiunii penale în cazul infracțiunilor de bancrută sub condiția formulării de către creditorii a plângerii prealabile li s-a creat acestora posibilitatea în a opta dacă aleg și *calea acțiunii civile alăturate acțiunii penale* separat de procedura insolvenței.

Societatea în insolvență are calitatea de *parte responsabilă civilmente*, fiind răspunzătoare alături de prepusul său pentru daunele cauzate creditorilor.

Pe de altă parte, exercițiul acțiunii penale oferă șansa de a antrena și răspunderea civilă a bancrutarului fraudulos, cu bunurile proprii, fără a se mai recurge împotriva lui la procedura antrenării *răspunderii membrilor organelor de conducere și/sau supraveghere* din cadrul societății.

Acțiunea civilă exercitată în procesul penal împotriva inculpatului vinovat de bancrută frauduloasă nu împiedică însă procedura antrenării răspunderii altor membri ai organelor de conducere și/sau supraveghere din cadrul societății decât inculpatul.

În rezolvarea acțiunii civile exercitate în procesul penal alături de acțiunii penale pentru infracțiunea de bancrută se poate dispune și anularea actelor false prin care s-au înfățișat datorii inexistente, transferuri fictive de bunuri sau pot fi găsite și restituite bunurile ascunse.

§6. Bancruta frauduloasă și abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor

22. În condițiile intrării în vigoare a noului Cod penal s-ar putea pune problema distincției între infracțiunea de bancrută frauduloasă și infracțiunea de abuz de încredere prin fraudarea creditorilor în forma sa tip prevăzută de art. 239 alin. (1) NCP.

Abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor în varianta tip prevăzută de art. 239 alin. (1) NCP constă în fapta debitorului de a înștrăina, ascunde, deteriorează sau distruge, în tot sau în parte, valori ori bunuri din patrimoniul său ori de a invoca acte sau datorii fictive în scopul fraudării creditorilor.

Ambele infracțiuni sunt infracțiuni intenționate și au ca scop fraudarea creditorilor, dar pe când bancruta frauduloasă nu poate fi săvârșită decât de persoane din cadrul societăților prevăzute de Legea nr. 31/1990, a societăților de asigurări, a instituțiilor de credit, a societăților cooperative, organizațiilor cooperatiste, societăților agricole, grupurilor de interes economic, oricăror alte persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice, membrii ai asociațiilor familiale sau de persoane fizice, acționând individual în calitate de comercianți, abuzul de încredere în fraudarea creditorilor poate fi comis de orice persoană fizică sau juridică, dacă are calitatea de debitor.

Bancruta frauduloasă se săvârșește pe fondul stării de *insolvență* a debitorului, pe când abuzul de încredere în fraudarea creditorilor tinde la provocarea stării de *insolvabilitate* sau la imposibilitatea executării creanței. Insolvabilitatea desemnează acea stare de precaritate a patrimoniului în care pasivul este mai mare decât activul.

Infracțiunea de abuz de încredere în fraudarea creditorilor are drept urmare iminența (pericolul concret) al insolvabilității, astfel că nu orice înștrăinare sau deteriorare a unor

bunuri realizează conținutul constitutiv al infracțiunii, ci numai acele acțiuni ce sunt potențial generatoare de insolvabilitatea debitorului.

Distrugerea bunurilor gajate sau ipotecate, ascunderea bunurilor care ar putea fi executate silit sau alte asemenea fapte sunt evident săvârșite în fraudarea creditorilor.

Abuzul de încredere prin fraudarea creditorilor a absorbit în conținutul său o modalitate a infracțiunii de *înșelăciune în convenții* prevăzută de art. 215 alin. (3) CP 1969 constând în inducerea sau menținerea în eroare a unei persoane cu prilejul executării unui contract, săvârșită în așa fel încât, fără această eroare, cel înșelat nu ar fi încheiat sau executat contractul în condițiile stipulate.

Secțiunea a 3-a. Gestiunea frauduloasă și procedura insolvenței

§1. Asemănări și deosebiri față de reglementarea Codului penal din 1969 și cea a art. 144 din Legea nr. 85/2006 privind insolvența

23. Actuala reglementare a infracțiunii de *gestiune frauduloasă* reproduce doar în parte conținutul incriminării prevăzute de art. 214 CP 1969. În actuala formulare a textului legal s-a înlăturat necesitatea comiterii faptei „cu rea-credință”, formulă ambiguă sub aspectul desemnării formei de vinovăție penale.

S-a introdus în noua reglementare o modalitate nouă de comitere, constând în săvârșirea faptei de administratorul judiciar, de lichidatorul averii debitorului sau de un reprezentant sau prepus al acestora, variantă preluată din art. 144 al Legii nr. 85/2006 privind insolvența. Articolul 175 pct. 5 din Legea nr. 187/2012 de punere în aplicare a noului Cod penal a abrogat începând cu 1 februarie 2014 prevederile art. 144 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței privitoare la incriminarea infracțiunii de gestiune frauduloasă, cu aceeași dată intrând în vigoare prevederile art. 242 NCP prin care se incriminează aceeași faptă, astfel că abrogarea dispozițiilor art. 144 din Legea nr. 85/2006 nu a avut ca efect dezincriminarea faptei.

A fost păstrată forma agravată a infracțiunii atunci când aceasta a fost săvârșită în scopul de a dobândi un folos patrimonial, dar au fost reduse limitele pedepsei la închisoare de la 6 luni la 3 ani sau amendă, în loc de închisoare de la 6 luni la 5 ani conform CP 1969. De asemenea, pedeapsa pentru forma agravată a fost redusă la limitele între 2 și 7 ani, în loc de 3 la 10 ani conform CP 1969.

Regimul sancționator este mai favorabil și în cazul formei preluate din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Evident prevederile actualului Cod penal constituie legea mai favorabilă.

§2. Obiectul juridic și obiectul material al infracțiunii

24. a) *Obiectul juridic specific* constă în relațiile sociale bazate pe încrederea acordată celui căruia i se încredințează gestiunea bunurilor unei persoane, raporturi care implică îndeplinirea cu buna-credință a administrării bunurilor. Prin incriminarea faptei, legiuitorul a urmărit să asigure încrederea, fără de care relațiile sociale cu caracter patrimonial nu s-ar putea forma și desfășura în mod normal.

b) *Obiectul material* este format dintr-o pluralitate de bunuri, o universalitate de bunuri (avutul întreg sau o parte din avutul unei persoane), care poate să includă atât bunuri mobile, cât și bunuri imobile.

Bunurile trebuie să aparțină altei persoane. Sunt susceptibile însă să constituie obiectul material al infracțiunii și bunurile asupra cărora făptuitorul are un drept de coproprietate, atunci când *coproprietarul* i-a încredințat acestuia administrarea sau conservarea întregii universalități de bunuri.

§3. Subiecții infracțiunii

25. a) *Subiectul activ nemijlocit* este calificat, pentru că infracțiunea de gestiune frauduloasă poate fi săvârșită numai de persoana care are sarcina de a administra sau conserva bunurile altei persoane. Subiect activ poate fi și persoana juridică.

În urma extinderii răspunderii penale cu privire la persoana juridică, aceasta poate deveni subiect al infracțiunii, dacă faptele sunt săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice.

Fapta este mai gravă dacă este comisă de administratorul judiciar, de lichidatorul judiciar al averii debitorului sau de un reprezentant sau prepus al acestora.

Infracțiunea poate fi săvârșită sub toate formele *participației*. Coautorul poate exista în situația în care sarcina de a administra sau conserva bunurile cuiva a fost dată mai multor persoane, iar acestea au săvârșit împreună actele prin care s-au pricinuit pagube proprietarului acestor bunuri.

Nu există coautorat, ci infracțiuni distincte de gestiunea frauduloasă, dacă fiecare dintre persoanele care au primit sarcina de a administra sau conserva bunuri diferite a săvârșit actele păgubitoare separat, fără să fi cooperat la săvârșirea unor asemenea acte.

La săvârșirea faptei pot participa și alte persoane, în calitate de instigatori sau complici.

b) *Subiect pasiv al infracțiunii* este persoana căreia îi aparține avutul încredințat făptuitorului, dacă i s-au pricinuit pagube prin activitatea de gestiune frauduloasă^[1].

§4. Situația premisă

26. Situația premisă presupune existența unui raport juridic anterior, pe baza căruia făptuitorul a primit însărcinarea de a administra sau conserva bunurile persoanei vătămate. Un asemenea raport poate decurge dintr-un contract de mandat, un contract de management, un contract de administrare sau din gestiunea de afaceri.

§5 Conținutul constitutiv al infracțiunii

5.1. Latura obiectivă

27. a) *Elementul material* în cazul tuturor formelor infracțiunii constă în săvârșirea unor acțiuni sau inacțiuni păgubitoare pentru proprietarul bunurilor administrate sau conservate. Astfel, în acest caz, făptuitorul nu-și însușește bunul altuia, nu dispune de el pe nedrept și nici nu refuză să-l restituie, ca în cazul abuzului de încredere, ci admi-

^[1] T. Vasiliu ș.a., Codul penal. Comentat și adnotat. Partea specială, vol. I, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 316.

nistrează bunurile altuia în așa fel încât îi pricinuieste acestuia o pagubă, fie prin acțiune, fie prin omisiune.

Administrarea unei afaceri sau a unor bunuri implică nu numai conservarea acestora, ci și competențe privind dispoziția asupra acestora în limitele puterilor atribuite de proprietar administratorului, precum culegerea fructelor naturale, industriale și civile. Toate acestea se cer a fi conservate și administrate și valorificate cu bună-credință pentru a spori sau cel puțin pentru a menține valoarea bunurilor încredințate spre administrare.

Conservarea presupune luarea unor măsuri de pază și de ocrotire a bunurilor, pentru a nu fi sustrate, distruse sau degradate. Activitatea păgubitoare trebuie să reprezinte, de asemenea, o nesocotire a obligațiilor pe care făptuitorul era ținut să le aibă în administrarea sau conservarea bunurilor. Acțiunile sau inacțiunile păgubitoare trebuie să aibă ca rezultat pricinuirea unor pagube. Pagubele trebuie să fie cauzate persoanei ale cărei interese făptuitorul era ținut să le apere și trebuie să privească însuși bunurile administrate sau conservate.

Latura obiectivă a infracțiunii este realizată în cazul utilizării bunurilor în interes propriu sau a neluării măsurilor pentru conservarea lor, determinând apariția unor degradări sau diminuarea valorii.

Cerința esențială presupune ca acțiunile sau inacțiunile să fie săvârșite cu ocazia administrării sau conservării bunurilor.

28. În cazul *formei agravate* prevăzute de art. 242 alin. (2) NCP cerința esențială este ca fapta să fie săvârșită de administratorul judiciar, de lichidatorul averii debitorului sau de un reprezentant sau prepus al acestor. Dacă acțiunile sau inacțiunile au fost săvârșite în împrejurări sau perioade diferite de cele în care însărcinarea era dată făptuitorului, fapta nu constituie infracțiunea de gestiune frauduloasă.

Astfel, s-a reținut în practica judiciară că inculpatul era șef de tură la o fabrică de var, neavând atribuții de conservare și administrare a bunurilor, specifice infracțiunii de gestiune frauduloasă. Acesta avea ca principală sarcină conducerea procesului de producție și expedierea produselor fabricate. Cu toate acestea, instanța de fond l-a condamnat pentru infracțiunea de gestiune frauduloasă, reținând că a dispus eliberarea unei cantități mult mai mari de var decât cea plătită, în schimbul unei sume de bani. În recurs, calificarea juridică a fost schimbată în infracțiunea de furt, cu motivarea că atribuțiile de serviciu ale inculpatului nu aveau nicio legătură cu administrarea bunurilor^[1].

b) *Urmarea imediată* constă în diminuarea patrimoniului persoanei vătămate, pierderea unei părți din acesta, reducerea valorii lui, grevarea de unele sarcini, micșorarea valorii de circulație, deteriorarea bunurilor etc. Infracțiunea de gestiune frauduloasă presupune producerea unei pagube

c) *Legătura de cauzalitate* trebuie să existe între paguba produsă și acțiunile ori inacțiunile făptuitorului.

5.2. Latura subiectivă

29. Latura subiectivă se poate realiza numai sub forma intenției (directe sau indirecte). Intenția implică reprezentarea făptuitorului că pricinuieste pagube persoanei ale cărei bunuri a primit însărcinarea de a le administra sau conserva, prin acțiunile sau inacțiunile sale necorespunzătoare.

^[1] C.A. Constanța, s. pen., dec. nr. 108/1994, în R.D.P. nr. 2/1995, p. 147.

În cazul formei agravate prevăzute de art. 242 alin. (3) este necesar ca intenția făptuitorului să fie motivată de scopul de a dobândi un folos patrimonial.

În Codul penal din 1969 legiuitorul a folosit expresia „cu rea-credință”, ceea ce semnifica faptul că această infracțiune nu se putea comite din culpă, chiar și atunci când urmarea imediată ar fi fost consecința inacțiunii, precizare care era necesară dacă este să avem în vedere prevederile art. 19 alin. ultim CP 1969.

Deoarece în noul Cod penal nou s-a precizat prin dispoziția art. 16 că fapta comisă din culpă nu constituie infracțiune decât atunci când legea o prevede în mod expres, nu s-a mai considerat necesar să se precizeze că făptuitorul trebuie să acționeze cu rea-credință.

Latura subiectivă a infracțiunii nu include și cerința unui scop special, cum ar fi dobândirea unui folos [cu excepția formei agravate prevăzute de alin. (3)]. Ca urmare pentru săvârșirea infracțiunii în forma sa tip nu este necesar ca făptuitorul să urmărească obținerea unui folos material în favoarea sa ori a altor persoane.

Dacă infracțiunea este comisă cu intenție directă, făptuitorul trebuie să fi avut reprezentarea că acțiunile sale sunt incorecte și vor cauza pagube proprietarului patrimoniului respectiv.

Intenția poate fi și indirectă, în situația în care făptuitorul nu urmărește producerea unor pagube, dar le prevede și acceptă apariția lor. Chiar dacă elementul material al infracțiunii constă în acte de lipsă de grijă gospodărească, acestea având caracter omisiv, forma de vinovăție necesară trebuie să fie tot intenția.

Infracțiunea de gestiune frauduloasă presupune pricinuirea de pagube unei persoane, cu ocazia administrării sau conservării bunurilor acesteia. Sub acest aspect, în practica judiciară, un inculpat a fost condamnat pentru săvârșirea infracțiunii de gestiune frauduloasă, reținându-se că în calitate de gestionar al unui magazin, a vândut mărfuri pe credit unei persoane care, ulterior, nu a achitat prețul. Apelul inculpatului a fost admis și s-a dispus achitarea lui, iar recursul declarat de procuror a fost respins ca nefondat. Instanța a motivat că în cauză nu s-a dovedit că gestionarul a acționat de convență cu cumpărătorul; dimpotrivă, el a emis o factură acceptată în contabilitate (cu scadență ulterioară), nefiind constatată reaua-credință, element al laturii subiective a infracțiunii^[1].

Gestiunea frauduloasă se aseamănă cu abuzul de încredere, deoarece, în ambele cazuri, făptuitorul, căruia i-au fost încredințate anumite bunuri, își încalcă obligațiile pe care le are cu privire la aceste bunuri, pricinuid pagube proprietarului lor. Spre deosebire de abuzul de încredere, făptuitorului i se încredințează o universalitate de bunuri, care poate reprezenta întregul avut al unei persoane sau o parte a acestuia. În cuprinsul său se pot include bunuri de orice natură, chiar și consumptibile, precum și drepturi reale ori de creanță.

Gestiunea frauduloasă se deosebește de infracțiunea de delapidare prin natura raportului juridic de încredințare a patrimoniului decurgând din calitatea funcționar public cu atribuții de gestionar, prin natura bunurilor aflate în gestiune (bani, valori sau alte bunuri) și prin acțiunile specifice de comitere (însușirea, folosirea sau traficarea)^[2].

^[1] C.A. Suceava, s. pen., dec. nr. 854/1999, în R.D.P. nr. 2/2000, p. 154.

^[2] I. Lascu, Gestiunea frauduloasă și delapidarea. Criterii de diferențiere, în Dreptul nr. 7/2004, p. 120; C. Iacob, Deosebirea dintre infracțiunea de delapidare prevăzută de art. 215¹ C. pen. și infracțiunea de gestiune frauduloasă prevăzută de art. 214, în Dreptul nr. 11/1999, p. 154; H. Diaconescu, Criterii de diferențiere între infracțiunile de gestiune frauduloasă și delapidare, în Dreptul nr. 11/1998, p. 80; V. Nicolcescu, Delapidarea și gestiunea frauduloasă. Asemănări și deosebiri, în R.D.P. nr. 4/2000, p. 98; S.C. Grosu, Delapidare. Gestiune frauduloasă, în R.D.P. nr. 4/2003 p. 106.

§6. Tentativa și consumarea infracțiunii

30. Tentativa ar fi posibilă în cazul săvârșirii faptei prin acțiune, dar nu este sancționată de lege. Consumarea infracțiunii are loc în momentul în care acțiunea făptuitorului a fost dusă până la capăt, producând paguba.

Infrațiunea este compatibilă cu forma continuată dacă actele păgubitoare sunt săvârșite la intervale diferite de timp și în baza aceleași rezoluții infracționale.^[1]

§7. Aspecte procesuale și regimul sancționator

31. Acțiunea penală se pune în mișcare la *plângerea prealabilă a persoanei vătămate*, indiferent de calitatea subiectului pasiv al infracțiunii. Competența de efectuare a urmăririi penale revine organelor de poliție, iar judecata este de competența judecătorei.

Regimul sancționator în cazul formeii tip a infracțiunii constă în închisoare de la 6 luni la 5 ani. Când fapta a fost săvârșită de administratorul judiciar, de lichidatorul averii debitorului sau de un reprezentant sau prepus al acestora, pedeapsa este închisoarea de la 1 la 5 ani. Dacă faptele amintite mai sus sunt săvârșite în scopul de a dobândi un folos patrimonial, pedeapsa este închisoarea de la 2 la 7 ani.

Secțiunea a 4-a. Delapidarea și procedura insolvenței

§1. Asemănări și deosebiri între reglementarea Codului penal din 1969 și cea a art. 145 din Legea nr. 85/2006 privind insolvența

32. Codul penal din 1969, în reglementarea anterioară modificărilor intervenite prin Legea nr. 140/1996, incrimina infracțiunea de delapidare în art. 223 alin. (1) din Titlul IV din Partea specială a codului intitulat „Infracțiuni contra avutului obștesc”.

În urma adoptării Constituției din 1991, Plenul Curții Constituționale a statuat, prin decizia nr. 1 din 7 septembrie 1993^[2], că „dispozițiile din Codul penal referitoare la infracțiunile contra avutului obștesc sunt abrogate parțial potrivit art. 150 alin. (1) din Constituție și, în consecință, acestea urmează a se aplica numai cu privire la bunurile prevăzute de art. 135 alin. (4) din Constituție, bunuri ce formează obiectul exclusiv al proprietății publice”.

Plecând de la această decizie, instanțele penale au reținut infracțiunea de delapidare numai în cazul săvârșirii faptelor de însușire, folosire sau traficare de către un funcționar ori alt salariat, în interesul său sau pentru altul, de bani, valori sau alte bunuri, ce formează obiectul exclusiv al proprietății publice, pe care le gestionează sau administrează.

Legea nr. 140/1996 a abrogat Titlul IV din Partea generală a Codului penal, intitulat „Infracțiuni contra avutului obștesc” și a reîncriminat infracțiunea de delapidare în art. 215¹, având un conținut similar celui prevăzut de fostul art. 223 C. pen., cu unica deosebire că fapta prevăzută în noul text nu distinge dacă bunul face parte din avutul public sau privat, interesând doar calitatea de funcționar cu atribuții de gestionare sau administrare a banilor, valorilor sau altor bunuri.

[1] S. Barbu, Gestiuinea frauduloasă, infracțiunea continuată, în ProLege nr. 1/1997, p. 52.

[2] M. Of. nr. 232 din 27 septembrie 1993.

Noul Cod penal a adus această infracțiune acolo unde îi era locul, în grupul infracțiunilor de serviciu, pentru că, prin comiterea ei, se vătăma mai întâi relația socială de serviciu și în secundar se afectează patrimoniul unei persoane juridice.

În noua reglementare infracțiunea se pedepsește cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică. Sub acest aspect, noua reglementare constituie legea mai favorabilă, față de prevederile art. 145 din Legea nr. 85/2006 potrivit căreia infracțiunea se pedepsea cu închisoare de la unu la 15 ani și interzicerea unor drepturi sau, dacă fapta a avut consecințe deosebit de grave, pedeapsa era închisoarea de la 10 ani la 20 de ani și interzicerea unor drepturi.

Soluția includerii infracțiunii de delapidare în această categorie, solicitată și în doctrina penală,^[1] este tradițională în dreptul nostru, ea fiind consacrată și de Codul penal din 1936 (art. 236).

În mod similar gestiunii frauduloase, prin art. 175 pct. 5 din Legea nr. 187/2012 de punere în aplicare a noului Cod penal s-au abrogat începând cu 1 februarie 2014 prevederile art. 145 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței privitoare la incriminarea infracțiunii de delapidare, cu aceeași dată intrând în vigoare prevederile art. 295 NCP prin care se incriminează aceeași faptă, astfel că abrogarea dispozițiilor art. 145 din Legea nr. 85/2006 nu a avut ca efect dezincriminarea faptei.

Tentativa se pedepsește de asemenea ca și în vechea reglementare.

În reglementarea noului Cod penal nu mai este prevăzută ca variantă agravată a infracțiunii de delapidare fapta comisă de administratorul judiciar ori lichidatorul averii debitorului, precum și de orice reprezentant sau prepus al acestuia.

§2. Obiectul juridic și obiectul material al infracțiunii

33. a) Obiectul juridic specific îl constituie relațiile de serviciu privind administrarea și gestionarea bunurilor persoanelor juridice de drept public și privat.

Gestionarea bunurilor reprezintă, conform art. 1 din Legea nr. 22/1969^[2], efectuarea următoarelor activități succesive:

- *primirea unor bunuri*, adică luarea în primire a bunurilor în cantitatea, calitatea și sortimentul specificate în actele însoțitoare;

- *păstrarea unor bunuri*, respectiv deținerea lor în depozit, asigurarea integrității acestora în vederea efectuării, în condiții normale, a mișcării bunurilor gestionate, precum și întocmirea unor acte corespunzătoare, cum sunt: evidențe, registre, documente, care să oglindească în mod exact cantitatea, felurile și calitatea bunurilor aflate în păstrare.

- *eliberarea unor bunuri* adică predarea lor de către funcționarul administrator/gestionar, celor îndreptățiți, în cantitatea, calitatea și sortimentele specifice în actele de eliberare.

Sub acest aspect este de menționat că activitatea de păstrare nu se confundă cu cea de pază, care constă doar în vegherea ca bunul să nu fie distrus, degradat ori sustras. Paznicul nu ia în primire bunurile în individualitatea lor spre păstrare și eliberare, ci

[1] Gh. Mateuț, *Comentariu în Codul penal comentat*, vol. II, *Partea specială*, coord. M. Basarab, V. Pașca, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 477; V. Șaromet, (I), D. Ciuncan (II), *Infracțiunea de delapidare. Fapta funcționarului de bancă de a-și însuși din sumele de bani pe care le mănuieste*, în „Pro-lege” nr. 1/1997, p. 176–179.

[2] Legea nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice (B. Of. nr. 132 din 18 noiembrie 1969).

asigură doar siguranța unor bunuri aflate într-un anumit loc, astfel încât sustragerea de către paznic a bunurilor din paza sa nu va constitui delapidare, ci furt sau abuz în serviciu. La fel, nu se consideră că desfășoară o activitate de gestionare persoana care are în primire anumite bunuri de la unitate, în vederea procesului de muncă, cum sunt, de pildă, cele de protecție^[1] sau cea care efectuează o simplă activitate de manipulare a bunurilor, pe care le încarcă ori le descarcă.

Nu orice activitate desfășurată în baza unor raporturi de muncă și implicând un contract material cu bunurile unității poate fi caracterizată ca fiind de gestionare.

Activitatea de administrare, așa cum am arătat în cazul gestiunii frauduloase, este mai complexă decât activitatea de gestionare implicând și acte de dispoziție asupra bunurilor, în limitele competențelor atribuite administratorului.

34. b) Obiectul material. Însușirea, folosirea sau traficearea ca forme cerute de lege pentru existența elementului obiectiv al delapidării, au ca obiect „bani, valori sau alte bunuri pe care făptuitorul le gestionează sau administrează”.

Pentru a constitui obiect material al delapidării, este necesar ca banii, valorile sau orice alte bunuri să se afle efectiv în gestiunea sau administrarea făptuitorului. Sunt îndeplinite condițiile legale atunci când bunul a fost preluat efectiv de către prepusul persoanei juridice (funcționarul gestionar sau administrator). Ceea ce prezintă importanță pentru stabilirea momentului intrării sau ieșirii bunului în și din patrimoniul unității este predarea materială a bunului, nu și transcrierea operației respective în scriptele contabile ale persoanei juridice.

Momentul intrării unui bun în sfera bunurilor gestionate sau administrate de făptuitor este acela în care bunul intră în gestiunea sau administrarea acestuia, indiferent dacă acesta și-a găsit sau nu reflectarea în operațiile scriptice care trebuie efectuate. Ca urmare, dacă gestionarul sau administratorul care, preluând bunurile în fapt, sustrage din acestea, înainte de a întocmi formele de primire, săvârșește infracțiunea de delapidare.

Momentul ieșirii unui bun din gestiunea sau administrarea făptuitorului este, la fel, acela al ieșirii lui efective. În acest fel, dacă gestionarul/administratorul sustrage din sumele respective înainte de a le remite efectiv beneficiarilor, fapta constituie infracțiunea de delapidare, nu o altă infracțiune.

În fine, dacă bunul nu face parte din masa de bunuri gestionate sau administrate de făptuitor, sustragerea acestuia nu constituie delapidare, ci furt, iar dacă bunul se găsea în posesia făptuitorului, dar nu ca urmare a îndatoririi de serviciu de a-l gestiona sau administra, ci în virtutea oricărui titlu, fapta constituie infracțiunea de abuz de încredere.

§3. Subiecții infracțiunii

a) Subiect activ nemijlocit (autorul)

35. În reglementarea actualului Cod penal, subiectul activ al infracțiunii de delapidare este un subiect dublu calificat, având atât calitatea de funcționar public, cât și cea de gestionar sau administrator. Pentru a stabili dacă administratorul sau lichidatorul judiciar pot fi autori ai infracțiunii de delapidare vom examina în primul rând dacă aceștia pot fi asimilați calității de „funcționar public”.

^[1] T. S., s. pen., dec. nr. 916/1984, în R.R.D. nr. 3/1985, p. 79; T.S., s. pen., dec. nr. 432/1984, în R.R.D. nr. 4/1985, p. 69.

i) Argumente contra asimilării administratorului sau lichidatorului judiciar funcționarului public

Un prim argument decurge din calitatea de liber profesionist a administratorului judiciar sau lichidatorului judiciar.

Articolul 5 pct. 52 din Codul insolvenței definește *profesia liberală* ca fiind profesia exercitată în baza unei calificări profesionale, cu titlu personal, pe propria răspundere și în mod independent, implicând activități de natură intelectuală în interesul clientului și *servind interesul public*. Caracteristice pentru aceste profesii sunt: existența unui cod de etică, pregătirea profesională continuă și confidențialitatea relațiilor cu clientul.

În activitatea lor, administratorii și lichidatorii judiciari urmăresc în primul rând satisfacerea intereselor creditorilor, deci un interes privat și, doar în subsidiar, unul public.

În noua redactare a normei de incriminare a infracțiunii de delapidare nu se mai regăsește incriminarea ca formă agravată a faptei comise de administratorul judiciar ori lichidatorul averii debitorului, precum și de orice reprezentant sau prepus al acestuia, de unde s-ar putea trage concluzia că în concepția legiuitorului aceștia nu pot fi considerați subiecți activi ai infracțiunii, altfel ar fi procedat ca în cazul infracțiunii de gestiune frauduloasă, prevăzând ca agravantă fapta comisă de administratorul judiciar, de lichidatorul averii debitorului sau de un reprezentant sau prepus al acestora.

ii) Argumente în favoarea asimilării administratorului sau lichidatorului judiciar funcționarului public

36. În dreptul penal noțiunea de funcționar public este definită de prevederile art. 175 C. pen., care face distincție între funcționarul public propriu-zis [art. 175 alin. (1) C. pen.] și *funcționarul public asimilat* [art. 175 alin. (2) C. pen].

Conform art. 175 alin. (2) C. pen. este *considerată funcționar public, în sensul legii penale*, persoana care exercită un serviciu de interes public pentru care a fost învestită de autoritățile publice sau care este supusă controlului ori supravegherii acestora cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.

Nu toate infracțiunile de serviciu presupun în mod imperios ca premisă a infracțiunii existența unor raporturi contractuale de dreptul muncii, infracțiunile de serviciu putând fi săvârșite și de persoanele învestite cu o funcție publică.

Codul penal nu definește noțiunea de serviciu de interes public, dar în legislație noțiunea de *interes public* este definită ca fiind acel interes care implică garantarea și respectarea de către instituțiile și autoritățile publice a drepturilor, libertăților și intereselor legitime ale cetățenilor, recunoscute de Constituție, legislația internă și tratatele internaționale la care România este parte, precum și îndeplinirea atribuțiilor de serviciu, cu respectarea principiilor eficienței, eficacității și economicității cheltuirii resurselor.^[1]

Administratorul judiciar este, conform art. 2 din O.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență^[2], practicianul în insolvență compatibil, autorizat în condițiile legii, desemnat să exercite atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de instanța de judecată, în procedura insolvenței, în perioada de observație și pe durata procedurii de reorganizare.

^[1] Legea nr. 477/2004 privind Codul de conduita a personalului contractual din autoritățile și instituțiile publice.

^[2] Republicată în M. Of. nr. 724 din 13 octombrie 2011.

Lichidatorul judiciar este, conform art. 3 din O.G nr. 86/2006, practicianul în insolvență compatibil, autorizat în condițiile legii, desemnat să conducă activitatea debitorului în cadrul procedurii de faliment, atât în procedura generală, cât și în procedura simplificată, și să exercite atribuțiile prevăzute de lege sau pe cele stabilite de instanța de judecată.

În cazul administratorului judiciar considerăm că trebuie să se facă distincție între situațiile în care acesta are atribuții de administrare a bunurilor debitorului sau numai de supraveghere a activității administratorului statutar al debitorului, deoarece numai dacă are efectiv atribuții de administrare poate fi subiect al infracțiunii de delapidare.

În condițiile în care nu s-a ridicat dreptul de administrare al debitorului supravegherea exercitată de administratorul judiciar constă în analiza permanentă a activității acestuia și avizarea prealabilă atât a măsurilor care implică patrimonial debitorul, cât și a celor menite să conducă la restructurarea/reorganizarea acesteia; avizarea se efectuează având la bază o raportare întocmită de către administratorul special, care menționează și faptul că au fost verificate și că sunt îndeplinite condițiile privind realitatea și oportunitatea operațiunilor juridice supuse avizării.

În ambele cazuri, atât administratorul judiciar, cât și lichidatorul judiciar sunt numiți de o autoritate publică (instanța de judecată prin judecătorul-sindic) și exercită atribuțiile sub controlul acestuia. Ambii au atribuții de administrare a averii debitorului și în această activitate pe lângă interesele creditorilor servesc și interesul public.

Procedura judiciară a insolvenței, ca act de justiție, este indiscutabil un serviciu de interes public, motiv pentru care considerăm că administratorul judiciar și lichidatorul judiciar pot fi subiecți activi ai infracțiunii de delapidare, chiar dacă în noua reglementare a acestei infracțiuni nu s-a mai prevăzut ca agravantă săvârșirea faptei de către administratorul judiciar ori lichidatorul averii debitorului, precum și de orice reprezentant sau prepus al acestuia.

Nu are calitatea de funcționar asimilat și nu poate fi autor al infracțiunii de delapidare mandatarul ad-hoc, deoarece el nu are atribuții de administrare, obiectivul activității sale fiind acela de a realiza, în termen de 90 de zile de la desemnare, o înțelegere între debitor și unul sau mai mulți creditori ai săi, în vederea depășirii stării de dificultate financiară în care se află debitorul, a salvagărdării acestuia, păstrării locurilor de muncă și acoperirii creanțelor asupra debitorului.

De asemenea, *administratorul concordatar*, neavând atribuții de administrare a bunurilor (art. 19 din Codul insolvenței) nu poate fi subiect activ al infracțiunii de delapidare.

37. Infracțiunea de delapidare poate fi comisă de persoanele care au funcția de gestionar în timpul procedurilor de insolvență sau de faliment al regiilor autonome sau a altui operator economic sau al unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat.

Funcționarul public trebuie să gestioneze sau să administreze bani, valori sau alte bunuri. Această condiție privește, practic, cea de-a doua calitate de calificare, pe care trebuie s-o aibă subiectul activ al infracțiunii de delapidare, și anume, fie de gestionar, fie de administrator a unor bunuri, aparținând unei persoane juridice.

Prin administrator se înțelege funcționarul care are bunuri în administrare, respectiv care are ca atribuții principale de serviciu efectuarea de acte de administrare cu privire la întregul patrimoniu al unei unități, în raport cu natura și scopul activității acesteia.

Noțiunea de „administrator” se deosebește de „gestionar”, deoarece nu presupune îndeplinirea unor activități de primire, păstrare și eliberare de bunuri, ci doar de conducere și de dispoziție cu privire la primirea, păstrarea, întrebuintarea sau eliberarea de bunuri, precum și cu privire la situația juridică și economico-financiară, în general a unității.

Spre deosebire de gestionar, administratorul nu vine în contact direct și material cu bunurile, ci doar într-un contract virtual, juridic, în virtutea actelor de dispoziție pe care le ia cu privire la acestea. În acest fel, au calitatea de administrator persoanele care fac parte din conducerea unității, cum sunt: directorul, directorul adjunct, contabilul șef, managerii etc.

În practica judiciară, s-a decis că săvârșește infracțiunea de delapidare, în calitate de administrator, contabilul șef care, prin intermediul unor acte de serviciu dispune scoaterea unor bunuri dintr-o gestiune pentru a le transfera în alta, însă care în realitate, își însușește acele bunuri^[1].

În principiu, infracțiunea de delapidare este susceptibilă de săvârșire în oricare dintre formele de participatie prevăzute de lege (coautorat, instigare sau complicitate).

Fiind, însă, o infracțiune proprie, cu subiect calificat, pentru a fi în prezența coautoratului, este necesar ca făptuitorul să aibă calitatea specială, cerută de lege subiectului activ al infracțiunii, adică de funcționar și gestionar sau administrator, după caz.^[2]

În ipoteza în care persoana care nu are calitatea specială cerută de lege săvârșește acte de executare (însușire, folosire sau traficare), alături de autor (funcționar public gestionar sau funcționar public administrator) s-a considerat că va răspunde pentru complicitate la infracțiunea de delapidare^[3].

Considerăm, alături de alți autori^[4], că nu este de conceput ca un act care, alături de acela al subiectului activ special cauzează rezultatul în mod nemijlocit, făcând parte din latura obiectivă a infracțiunii, să fie considerat că înlănește sau ajută la săvârșirea acestuia numai pentru motivul că este realizat de către o persoană care nu are calitatea cerută de lege.

Împrejurarea că unele acțiuni nu pot constitui, într-un caz special cum este și acela al infracțiunilor cu subiect calificat, acte de executare ale unei anumite infracțiuni, cum este delapidarea, nu este de natură să conducă în mod automat la transformarea lor în acte de complicitate la acea infracțiune, așa cum greșit s-a susținut, căpătând un caracter accesoriu, secundar, ci constituie acte de executare ale unei alte infracțiuni.

În acest fel, în cazul delapidării, cel care acționează, respectiv cooperează cu acte de executare, fiindcă nu are calitatea de funcționar gestionar sau funcționar administrator, săvârșește infracțiunea de furt în calitate de autor, și nu pe cea de complicitate la delapidare.

O asemenea rezolvare se impune, deoarece bunul mobil a fost luat din posesia sau detenția unității publice fără voia acesteia, întrucât „consimțământul” funcționarului

[1] Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 1699/1969, în C.D. 1969, p. 359.

[2] O. Loghin, T. Toader, Drept penal. Partea specială, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Casa de editură și presă Șansa SRL, București, 2001, p. 279.

[3] O. Loghin, T. Toader, op. cit., p. 279; V. Dobrinioiu, Gh. Nistoreanu, I. Pascu, I. Molnar, V. Lazăr, A. Boroi, Drept penal, Partea generală, Ed. Atlas Lex, București, 1996, p. 310; A. Ungureanu, Drept penal român, Partea generală, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 126; O.A. Stoica, Drept penal. Partea specială, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976, p. 199; Trib. Suprem, s. pen., dec. nr. 3082/1972, în R.R.D. nr. 1/1973, p. 166.

[4] M. Basarab, Drept penal. Partea generală, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 1997, p. 439-441; M. Basarab, Participațiunea la infracțiunile cu subiect special, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Cluj, 1965, p. 143 și urm.

gestionar sau administrator, evident nu este valabil, împrejurare cunoscută de ambii făptuitori, respectiv atât de către funcționar, cât și de către cel care nu are această calitate. Or, luarea unui bun mobil din posesia sau detenția unei persoane constituie actul de executare caracteristic și infracțiunii de furt. Astfel, noțiunea de „însușire” are înțelesul de „luare a bunului”, adică de scoatere definitivă a acestuia din posesia sau detenția unității, iar cea de „folosire” este de asemenea caracteristică furtului de folosință^[1].

b) *Subiect pasiv* al infracțiunii este persoana juridică în patrimoniul căreia se găseau banii, valorile sau bunurile gestionate sau administrate de făptuitor.

§4. Conținutul constitutiv al infracțiunii

4.1. Latura obiectivă

38. a) *Elementul material* al laturii obiective a infracțiunii se realizează prin acțiuni alternative de sustragere definitivă sau temporară a unui bun din patrimoniul unei persoane juridice în posesia sau detenția căreia se află, de către un funcționar public care îl are în gestiune sau administrare.

Sustragerea se poate realiza prin oricare din modalitățile prevăzute de lege: *însușire, folosire sau traficare*.

Aceste acțiuni, care compun elementul material al delapidării, fac ca infracțiunea de delapidare să fie, așa cum este caracterizată în doctrină o infracțiune comisivă, cu conținuturi alternative.

Prin *însușire* se înțelege scoaterea unui bun din posesia sau detenția unei persoane juridice și trecerea lui, cu caracter definitiv, în stăpânirea făptuitorului, care poate dispune de el, adică poate să-l consume, să-l utilizeze, ori să-l înstrăineze. Cum însușirea înseamnă, în esență, o activitate concretă de luare în stăpânire a bunului de către făptuitor și de creare a posibilității de a se comporta față de bunul aflat în gestiunea sau administrarea sa, ca față de un bun propriu, pentru a fi în prezența unei delapidări prin însușire este necesar ca bunul să treacă efectiv în stăpânirea făptuitorului. Dacă intenția de însușire s-a manifestat doar în scriptele unității, prin falsificarea acestora, nu se poate reține infracțiunea de delapidare^[2]. În același timp, însă, nu se cere ca făptuitorul să facă vreun act de dispoziție cu privire la acel bun, fiind suficient ca prin acțiunea sa să-și fi creat numai această posibilitate.

Prin *folosire* se înțelege sustragerea și întrebuințarea temporară a unui bun sau a mai multor bunuri dintre cele pe care făptuitorul le gestionează sau administrează^[3]. Ea presupune două acte succesive: un act inițial, constând în luarea sau scoaterea unui bun din sfera patrimonială a unei unități; un act subsecvent, constând în întrebuințarea bunului sustras, pentru care se obține un folos în interesul făptuitorului sau a altei persoane. În acest fel, noțiunea de folosire se deosebește de cea de însușire, cel puțin din două considerente: în cazul folosirii, făptuitorul nu-și apropie substanța bunului, ci doar folosința acestuia, respectiv echivalentul pe care-l reprezintă această folosire.

[1] Gh. Diaconescu, *Infrațiunile în Codul penal român*, Ed. Oscar Print, București, 1997, p. 437-438.

[2] C. Barbu, *Delapidarea și furtul în paguba avutului obștesc*, Ed. Științifică, București, 1973., p. 86; T.S., s. pen., dec. nr. 2919/1986, în R.R.D. nr. 8/1987, p. 75.

[3] A se vedea, I. Oancea, *Delapidarea*, în V. Dongoroz ș.a., *Explicații tematice ale codului penal*, vol. III, Ed. Academiei București, 1971, p. 595, V. Rămureanu, *Comentariu*, în T. Vasiliu ș.a., *Codul penal comentat și adnotat, partea specială*, vol. II, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977, p. 369.

În cazul folosirii are loc o scoatere a bunului din patrimoniul persoanei juridice și o trecere a acestuia în stăpânirea făptuitorului doar cu caracter temporar, ceea ce înseamnă că după un interval de timp de întrebuințare, bunul este readus în patrimoniul unității^[1].

Prin *traficare* se înțelege specularea sau exploatarea bunului pe care făptuitorul îl are în gestiunea sau administrarea sa. Ea presupune efectuarea următoarelor operații succesive: scoaterea bunului din patrimoniul unității și trecerea lui în stăpânirea făptuitorului, urmată de darea bunului în folosința altei persoane în scopul obținerii unui profit sau câștig.

Traficarea se deosebește atât de însușire, care semnifică o sustragere cu caracter definitiv a unui bun, făptuitorul făcând din el un bun al său, cât și de folosire, care presupune întrebuințarea temporară a bunului, deoarece în acest caz folosirea bunului este supusă unor operații speculative, făptuitorul urmărind realizarea, în acest mod, a unui profit.

Pentru existența infracțiunii de delapidare nu interesează dacă însușirea, folosirea sau traficarea s-a făcut în interesul făptuitorului sau în interesul unei alte persoane.

b) *Urmarea imediată* constă în producerea unei pagube materiale, ca urmare a acțiunii de însușire, folosire sau traficcare. Aceasta constă, în cazul delapidării prin însușire, în valoarea bunului sustras. Întotdeauna trebuie avute în vedere prețurile în vigoare la data săvârșirii infracțiunii, iar dacă este vorba de o delapidare continuată, de la data comiterii fiecărei acțiuni, urmând ca eventualele majorări de prețuri să fie avute în vedere doar la stabilirea despăgubirilor^[2].

Considerăm, că pentru a realiza elementul material al infracțiunii de delapidare, folosirea trebuie să producă o pagubă persoanei juridice fie prin diminuarea valorii bunului ca urmare a întrebuințării sale, fie prin neefectuarea sau efectuarea cu întârziere a unei operații din cauza lipsei în momentul necesar a bunului respectiv.

Delapidarea nu este o infracțiune de pericol sau formală, ci este o infracțiune de rezultat, făcând parte din categoria infracțiunilor îndreptate împotriva patrimoniului, astfel încât nu este de conceput fără producerea unei pagube.

Dacă infracțiunea a avut consecințe deosebit de grave se realizează conținutul agravat al infracțiunii. Prin consecințe deosebit de grave se înțelege producerea unei pagube mai mari de 2.000.000 lei (art. 183 NCP).

c) *Legătura de cauzalitate* între acțiunile făptuitorului și paguba produsă trebuie dovedită.

Pentru a fi în prezența infracțiunii de delapidare, este necesar ca între acțiunea de însușire, folosire sau traficcare, după caz, și urmarea imediată, constând în deposedarea unității de acel bun și producerea unei pagube, să existe o legătură de cauzalitate. Astfel, dacă deposedarea se datorează altei cauze (de pildă, pierderea bunului, sustragerea acestuia în alt mod, distrugerea lui etc.) nu poate exista infracțiunea de delapidare.

^[1] O. Loghin, T. Toader, op. cit., p. 280, C. Barbu, op. cit., p. 91-193.

^[2] T.S., s. pen., dec. nr. 1439/1983, în R.R.D. nr. 5/1984, p. 61; T.S., s. pen., dec. nr. 1789/1974, în Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969-1975, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988, p. 436; T.S., s. pen., dec. nr. 1779/1972, în C.D., p. 341; T.S., s. pen., dec. nr. 3387/1970, în Repertoriu 1965-1970 (...), p. 142.

4.2. Latura subiectivă

39. Infraacțiunea se comite numai cu intenție directă. Mobilul săvârșirii faptei nu are relevanță, fiind luat în considerare doar la individualizarea judiciară a pedepsei^[1]. Ceea ce este esențial sub aspectul laturii subiective este ca făptuitorul să urmărească sau să accepte obținerea unui profit.

§5. Tentativa și consumarea infraacțiunii

40. Se consideră realizate elementele constitutive ale delapidării în forma tentativei ori de câte ori hotărârea de a delapida a fost pusă în executare prin începerea acțiunii de însușire, folosire sau traficare, după caz, însă această executare a fost întreruptă sau nu și-a produs efectul, datorită unor împrejurări independente de voința făptuitorului. În acest fel, de începerea executării infraacțiunii de delapidare nu se poate vorbi decât odată cu efectuarea primelor acte de depozitare a unității de bunul pe care făptuitorul intenționează să-l sustragă.

§6. Aspecte procesuale și regimul sancționator

41. Acțiunea penală se exercită din oficiu. Competența de efectuare a urmăririi penale revine organelor de cercetare ale poliției, iar judecata în primă instanță revine judecătoriei.

Infraacțiunea în formă simplă este pedepsită cu închisoarea de la 2 la 7 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică. Dacă infraacțiunea a produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu jumătate (art. 309 NCP).

Secțiunea a 5-a. Dezincriminarea totală sau parțială a unor fapte prevăzute de Legea nr. 85/2006. Consecințe

42. Prin prevederile art. 175 pct. 5 din Legea nr. 187/2012 de punere în aplicare a noului Cod penal au fost abrogate, începând cu 1 februarie 2014, prevederile art. 146-148 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.

Prin art. 146 Legea nr. 85/2006 se incrimina fapta persoanei care, în nume propriu sau prin persoane interpușe, solicită înregistrarea unei cereri de admitere a unei creanțe inexistente asupra averii debitorului, infraacțiune care nu se mai regăsește în noul Cod penal.

Dispozițiile art. 4 NCP privind legea penală de dezincriminare nu sunt aplicabile în situația în care fapta este incriminată de legea nouă sau de o altă lege în vigoare, chiar sub o altă denumire. Aceasta nu înseamnă neapărat că infraacțiunea a fost total dezincriminată. Dacă fapta este comisă în înțelegere cu debitorul bancrutar, fapta acestuia constituie complicitate la infraacțiunea de bancrută frauduloasă, în modalitatea înscrierii unei creanțe inexistente asupra averii debitorului.

Prin prevederile art. 147 din Legea nr. 85/2006 era incriminat refuzul debitorului persoană fizică sau al administratorului, directorului, directorului executiv ori al repre-

[1] T.S., s. pen., dec. nr. 3184/1967, în C.D. 1967, p. 354.

zentantului legal al debitorului, persoană juridică, de a pune la dispoziție judecătorului-sindic, administratorului judiciar sau lichidatorului, în condițiile prevăzute la art. 35 din Legea nr. 85/2006, documentele și informațiile prevăzute la art. 28 alin. (1) lit. a)-f) din aceeași lege ori împiedicarea acestora, cu rea-credință, de a întocmi documentația respectivă, infracțiunea fiind pedepsită cu închisoare de la un an la 3 ani sau cu amendă.

43. Conținutul aceste infracțiuni se regăsește parțial în prevederile art. 271 alin. (1) lit. b) NCP sub denumirea de „obstrucționarea justiției”.

Această variantă a infracțiunii de obstrucționare a justiției constă în fapta persoanei care, fiind avertizată asupra consecințelor faptei sale, refuză să pună la dispoziția organului de urmărire penală, instanței sau judecătorului-sindic, în tot sau în parte, datele, informațiile, înscrisurile sau bunurile deținute, care i-au fost solicitate în mod explicit, în condițiile legii, în vederea soluționării unei cauze și se pedepsește cu închisoarea de la 3 luni la un an sau cu amendă.

Este deci necesar pentru existența infracțiunii ca, prealabil refuzului, făptuitorul să fi avertizat asupra consecințelor refuzului său, iar documentele să-i fi fost solicitate explicit.

Administratorul sau lichidatorul judiciar trebuie să se adreseze în prealabil judecătorului-sindic pentru ca acesta să-l avertizeze asupra consecințelor refuzului, iar solicitarea actelor să se facă în mod explicit.

Secțiunea a 6-a. Alte infracțiuni de serviciu în legătură cu procedura insolvenței

44. Având în vedere calitatea de *funcționar public asimilat a administratorului judiciar* și a *lichidatorului judiciar*, aceștia pot fi subiecți activi ai unor infracțiuni de corupție și de serviciu prevăzute în Titlul V al Codului penal, precum luarea de mită, abuzul în serviciu, neglijența în serviciu sau conflictul de interese.

Vom prezenta, în final, cu titlu exemplificativ, câteva soluții din practica judiciară în această privință. Astfel, într-o speță s-a reținut că inculpatul, expert contabil, numit lichidator la o societate comercială, în exercitarea funcției de lichidator judiciar, desfășurându-și activitatea în temeiul prevederilor art. 23 din Legea nr. 64/1995 care, la lit. i), se referă la „vânzarea bunurilor din averea debitorului în conformitate cu prevederile legii”, a pretins de la denunțător 4 milioane de lei pentru subevaluarea unor bunuri, fiind surprins când primea banii.

Instanța a reținut că inculpatul a fost numit prin hotărâre judecătorească în calitate de *lichidator judiciar* pentru a se ocupa de lichidarea societății comerciale, această numire echivalând cu o însărcinare în serviciul unei persoane juridice, alta decât cele arătate în art. 145 și 147 alin. (1) CP 1969 (art. 175 și art. 176 NCP – *n.n.*), aceasta putând fi, deci, și o societate comercială.

Calitatea de *funcționar* nu este legată de existența unui raport de muncă de natura celui reglementat de Codul muncii și nici de stabilirea unei retribuții în condițiile codului, deoarece, așa cum rezultă din art. 147 alin. (1) CP 1969 (art. 175 NCP – *n.n.*), exercitarea atribuției de funcționar se poate face cu orice titlu, indiferent cum a fost investită – prin urmare și în condițiile din speță, printr-o hotărâre judecătorească, și fără a avea relevanță dacă activitatea este retribuită, indiferent de modalitate, sau are caracter gratuit. Cea ce interesează este faptul dacă persoana în cauză își îndeplinește în acea calitate obligațiile asumate.

Susținerea inculpatului, în sensul că activitatea de lichidator al unei societăți comerciale ar fi o profesie liberală, de natura celei de avocat, este greșită, iar referirea la statutul avocatului, care nu poate fi considerat funcționar public ori funcționar, nu-și găsește locul în speță.

Faptul că legiuitorul a stabilit că unele profesii, cum este cea de avocat, nu sunt incompatibile cu calitatea de lichidator judiciar trebuie interpretată în sensul că, în afară de persoanele expres nominalizate în art. 8 alin. (1) din O.G. nr. 79/1999 (în prezent abrogată – *n.n.*), între care avocatul și expertul contabil, nicio altă persoană numită lichidator nu poate cumula funcția de bază ce o îndeplinește în mod curent, cu cea de lichidator; așadar textul se referă la cumulul de funcții, ceea ce, în speță, este irelevant, deoarece avocatul, dacă deține și funcția de lichidator judiciar, dobândește prin aceasta calitatea de funcționar^[1].

Într-o altă speță, fapta inculpatei care, în calitate de judecător-sindic, în baza aceleiași rezoluții infracționale, exercitând supravegherea și controlul lichidării averii a 7 agenți economici aflați în procedura reorganizării și lichidării judiciare (în 7 dosare aflate pe rolul instanței și repartizate acesteia spre soluționare), a înlesnit efectuarea unor operațiuni financiare către lichidatorul, desemnat preferențial cu încălcarea regulilor referitoare la incompatibilități și imparțialitate, operațiuni materializate prin încasări de onorarii care erau de natură a-i aduce indirect foloase materiale necuvenite, reprezentate de profitul net repartizat la dividende, cuvenite mamei sale, constituie infracțiunea de *conflict de interese* prevăzută de 11 alin. (1) din Legea nr. 78/2000 (în forma în vigoare la momentul adoptării deciziei de către instanța de judecată – *n.n.*), cu aplicarea art. 41 alin. (2) CP 1969 (art. 35 NCP – *n.n.*).

De asemenea, cu privire la un alt inculpat s-a reținut, în fapt, că acesta, prin activitatea desfășurată ca administrator judiciar al societății de insolvență, în urma asocierii cu mama judecătorului-sindic, a creat condițiile obținerii de către magistrat a foloaselor materiale injuste, reprezentate de profitul net repartizat din dividende, săvârșind infracțiunea de complicitate la conflict de interese, prevăzută de art. 26 CP 1969 (art. 48 NCP – *n.n.*) raportat la art. 11 alin. (1) din Legea nr. 78/2000, cu aplicarea art. 41 alin. (2) C.P. 1969 (art. 35 NCP – *n.n.*)^[2].

[1] C.A. București, s. pen., dec. nr. 1786 din 8 aprilie 2003, portal.just.ro.

[2] I.C.C.J., s. pen., dec. nr. 8 din 26 ianuarie 2009, www.scj.ro.

CAPITOLUL XXI. CRIZA FINANCIARĂ ȘI INSOLVENȚA UNITĂȚILOR ADMINISTRATIV-TERITORIALE

Secțiunea 1. Câteva considerații cu caracter introductiv.

Sfera de cuprindere a O.U.G. nr. 46/2013 și a Legii nr. 273/2006.

Corelația cu dispozițiile Codului insolvenței

1. Odată cu intrarea în vigoare a O.U.G. nr. 46/2013 privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale^[1], a fost reglementată pentru prima dată în dreptul românesc o problemă sensibilă privind organizarea și funcționarea unităților administrativ-teritoriale, și anume aceea a crizei financiare și a insolvenței dezmembrămintelor teritoriale ale statului român.

Acest act normativ special se coroborează cu mai multe dispoziții ale Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale^[2] și se completează, în mod firesc, cu prevederile Codului insolvenței.

Actul normativ de referință, pe care îl vom analiza în acest loc, își propune instituționalizarea a două proceduri a căror urmare are ca finalitate *depășirea de către unitățile administrativ-teritoriale*, inclusiv de către sectoarele municipiului București, *a situațiilor de dezechilibru financiar*, respectiv a acelor situații în care debitele însumate ale unor astfel de subiecte de drept depășesc o anumită pondere din bugetul lor general ori scadența debitelor depășește un anumit interval de timp.

Criteriul prin raportare la care legiuitorul a stabilit distincția între starea de normalitate financiară, starea de criză financiară și starea de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale este cel referitor la *depășirea de către obligațiile de plată pe care o astfel de unitate le-a angajat față de terți* (obligații lichide, exigibile, nelitigioase și a căror scadență a dobândit o anumită vechime) *a unui anumit prag procentual din bugetul general* al acestor dezmembrăminte teritoriale ale statului.

Prin urmare, cheia problemei este acest *buget general* al unității administrativ-teritoriale, care, potrivit art. 3 alin. (1) coroborat cu art. 1 alin. (2) din Legea nr. 273/2006, încorporează:

- a) bugetul local al comunei, orașului, municipiului, sectorului municipiului București, județului sau municipiului București, după caz;
- b) bugetele instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetul local (descrie mai sus);
- c) bugetele instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii de către autoritatea publică locală;
- d) bugetul împrumuturilor externe și interne, pentru care rambursarea, plata dobânzilor, comisioanelor, spezelor și a altor costuri se asigură din bugetul local și care provin

^[1] M. Of. nr. 299 din 24 mai 2013.

^[2] M. Of. nr. 618 din 18 iulie 2006.

din: împrumuturi externe contractate de stat și subîmprumutate autorității administrației publice locale și/sau agenților economici și serviciilor publice din subordinea acestora; împrumuturi contractate de autoritatea administrației publice locale și garantate de stat; împrumuturi externe și/sau interne contractate sau garantate de autoritatea administrației publice locale;

e) bugetul fondurilor externe nerambursabile.

Pentru a ajunge însă la valoarea propriu-zisă a bugetului general al unei unități administrativ-teritoriale, în conformitate cu dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 273/2006, din valoarea cumulată a acestor bugete (pe venituri și pe cheltuieli) *se scad transferurile de sume dintre bugete*. Numai procedându-se astfel, potrivit legii, se poate ajunge la imaginea dimensiunii efortului financiar public al respectivei unități administrativ-teritoriale, așa cum, de altfel, pretinde legea. Prin maniera în care este formulat textul de lege, el ridică, printre altele, și următoarea problemă: *în stabilirea stării de criză financiară sau, după caz, de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale vor fi avute în vedere datoritiile acumulate de regiile autonome sau de societățile cu capital integral sau majoritar de unitate administrativ-teritorială?*

Răspunsul la întrebarea mai sus menționată nu poate fi, din punctul nostru de vedere, decât unul negativ. El este susținut și de prevederile art. 3 alin. (1) și (2) din Codul insolvenței, potrivit cărora această lege – și nu O.U.G. nr. 46/2013 – se aplică profesioniștilor enunțați de art. 3 alin. (2) NCC, între care suntem obligați a plasa și societățile cu capital majoritar sau integral de unitate administrativ-teritorială, precum și regiile autonome. Astfel stând lucrurile, nu putem ajunge la o altă concluzie decât aceea că *O.U.G. nr. 46/2013 nu se aplică regiilor autonome și nici societăților cu capital integral sau majoritar de unitate administrativ-teritorială*, iar eventuala intrare a acestor subiecte (entități) în stare de dezechilibru financiar nu poate avea nicio înrăurire asupra stării bugetare a unității administrativ-teritoriale. Altfel spus, nici în stabilirea stării de criză financiară și nici în instituirea stării de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale nu pot fi avute în vedere datoritiile acumulate ale regiilor autonome și/sau ale societăților înființate la nivelul și pentru nevoile unei unități administrativ-teritoriale.

2. Subiectele cărora le sunt aplicabile dispozițiile O.U.G. nr. 46/2013 sunt: județele, municipiile, orașele, comunele și sectoarele municipiului București. Acest act normativ *nu se aplică* satelor și (cu atât mai puțin) cătunelor, fie și numai pentru că aceste din urmă entități nu sunt unități administrativ-teritoriale (în sens constituțional și administrativ) și nu sunt înzestrate cu personalitate juridică.

3. Concepția O.U.G. nr. 46/2013 este una aparte, sensibil diferită de cea a Codului insolvenței. O unitate administrativ-teritorială este titulara unui drept de proprietate publică, în structura căruia intră două domenii: domeniul public și domeniul privat al acestei proprietăți publice. Bunurile care intră în domeniul public al unității administrativ-teritoriale nu pot fi lichidate, căci ele sunt inalienabile și insesizabile. Astfel stând lucrurile, tehnic, *în cazul unei unități administrativ-teritoriale, nu se poate ajunge niciodată la un clasic faliment*, care implică și presupune în același timp lichidarea integrală a patrimoniului celui ajuns în faliment. Numai bunurile care fac parte din domeniul privat al unei unități administrativ-teritoriale pot fi supuse lichidării și numai pentru a face posibilă ameliorarea stării de echilibru bugetar în care ar trebui să se găsească o astfel de unitate.

4. În sfârșit, având în vedere și cele mai sus arătate, se impune a fi observat faptul că O.U.G. nr. 46/2013 cultivă o filozofie a remediului, și nu una a lichidării. Concret, *starea de normalitate financiară în care ar trebui să se găsească orice unitate administrativ-teritorială este aceea a echilibrului bugetar*, respectiv a unui just raport între creanțele bugetare ale acesteia și datoriile pe care ea le acumulează într-un interval de timp determinat. Abaterea de la parametrii acestui just raport aruncă unitatea administrativ-teritorială în stare de criză financiară (văzută de O.U.G. nr. 46/2013 ca o etapă prealabilă stării de insolvență) sau, mai grav, în stare de insolvență, dar niciodată în stare de faliment.

5. Chiar dacă starea de criză financiară se prelungește, o atare realitate nu duce în mod obligatoriu la instituirea stării de insolvență, atât timp cât parametrii tehnici ai insolvenței, instituiți de art. 75 alin. (1) lit. a) sau b) din Legea nr. 273/2006, nu se ivesc. În mod similar, starea de insolvență, odată instituită, se poate prelungi la nesfârșit, cât timp condițiile legalmente stabilite ale acestei stări subzistă. Tehnic, un plan de redresare a stării de insolvență poate fi modificat, prelungit sau înlocuit cu un altul, atât timp cât dezechilibrele bugetare ale unității administrativ-teritoriale se mențin în forma avută în vedere de textul de lege mai sus evocat, iar starea de insolvență poate fi menținută *sine die*. Din momentul în care condițiile stării de insolvență au încetat, dar rămân prezente cele ale stării de criză financiară, unitatea administrativ-teritorială va aluneca dinspre o stare spre alta, pe un drum care, în mod firesc, ar trebui să ducă la starea de normalitate financiar-bugetară.

Secțiunea a 2-a. Noțiunea de criză financiară a unităților administrativ-teritoriale și condițiile în care aceasta poate fi constatată

6. Potrivit art. 2 lit. m) din O.U.G. nr. 46/2013, *criza financiară* este acea stare a „patrimoniului unității administrativ-teritoriale caracterizată prin existența unor dificultăți financiare, prin lipsa acută de disponibilități bănești, ce conduce la neachitarea obligațiilor de plată, lichide și exigibile, pe o anumită perioadă de timp. Criza financiară este prezumată în următoarele situații:

1. neachitarea obligațiilor de plată, lichide și exigibile, mai vechi de 90 de zile și care depășesc 15% din bugetul general al unității administrativ-teritoriale respective, cu excepția celor aflate în litigiu comercial;

2. neachitarea drepturilor salariale prevăzute în bugetul local de venituri și cheltuieli sau în bugetele instituțiilor ori serviciilor publice de interes local sau județean, după caz, pe o perioadă mai mare de 90 de zile de la data scadenței”.

Din cuprinsul dispozițiilor mai sus citate, în aparență, rezultă faptul că noțiunea de criză financiară este, în cazul unităților administrativ-teritoriale, intim legată de starea întregului patrimoniu al unor astfel de subiecte de drept, ceea ce implică totalitatea drepturilor și, respectiv, a obligațiilor a căror dimensionare se poate face în expresie economică. În realitate, criza financiară a unei unități administrativ-teritoriale privește, *în exclusivitate*, o anumită stare a disponibilităților bănești de care dispune o astfel de unitate la un moment dat, astfel încât ea să poată onora anumite obligații de plată față de subiecte calificate.

Concret, în debutul textului analizat, se arată faptul că prin criză financiară ar trebui să înțelegem o *stare a patrimoniului* unei unități administrativ-teritoriale, caracterizată prin existența unor *dificultăți financiare* și prin *lipsa acută de disponibilități bănești*, situații cumulative care ar determina imposibilitatea pentru respectiva unitate de a-și achita obligațiile de plată lichide și exigibile, pe o anumită perioadă de timp. În realitate, existența stării de criză financiară nu poate fi formal constatată decât în situația în care o unitate administrativ-teritorială se găsește – *alternativ sau cumulativ* – în una dintre cele două situații menționate sub prevederile art. 2 lit. m) din O.U.G. nr. 46/2013, și anume:

- fie unitatea administrativ-teritorială în cauză nu își achită obligațiile de plată, lichide și exigibile, mai vechi de 90 de zile și care depășesc 15% din bugetul general al unității administrativ-teritoriale respective, cu excepția celor aflate în litigiu comercial;

- fie unitatea administrativ-teritorială în cauză nu achită drepturile salariale la care este îndatorată, potrivit legii și în condițiile stabilite de ea, scadente de mai mult de 90 de zile.

În strânsă legătură cu aceste două situații mai sus evocate, credem că se impun a fi făcute câteva *observații*:

- a) sumele de bani aflate în litigiu comercial (în limbajul actual al legislației civile, *în litigiu între sau cu profesioniștii*) nu intră în categoria restanțelor care, cumulate, să atingă 15% din bugetul general al unității administrativ-teritoriale. Vor fi considerate „în litigiu” mai toate acele creanțe ori datorii ale unității administrativ-teritoriale care fac obiectul unor procese în curs (chiar suspendate) și care nu au fost încă soluționate prin hotărâri definitive; imediat ce, în privința unei astfel de datorii, a fost pronunțată o hotărâre judecătorească definitivă (în apel, potrivit noii legislații procesuale civile), respectiva datorie încetează a mai fi o obligație în litigiu și, în măsura în care existența ei a fost consacrată printr-un titlu judecătoresc, ea intră în categoria obligațiilor bănești ce pot fi însumate spre a se verifica dacă obligațiile de plată ale unei unități administrativ-teritoriale (obligații cu caracter lichid și exigibil) ating, în totalitatea lor, pragul de 15% din bugetul general al unității administrativ-teritoriale respective;

- b) prin buget general al unității administrativ-teritoriale trebuie să înțelegem nu numai bugetul propriu-zis al respectivei unități, ci – alături de acesta – și cel al instituțiilor aflate în subordinea consiliului local ori a consiliului județean, după caz, înzestrate sau nu cu personalitate juridică; nu vor intra însă în sfera bugetului general al unei unități administrativ-teritoriale bugetele regiilor autonome înființate la nivelul unității administrativ-teritoriale în cauză și nici cele ale societăților în care unitatea respectivă deține integralitatea sau majoritatea capitalului social;

- c) cea de-a doua situație în care poate fi constatată starea de criză financiară este aceea în care unitatea administrativ-teritorială nu a achitat drepturi salariale a căror scadență este mai mare de 90 de zile; în această ipoteză, soluția legislativă este extrem de dură; practic, indiferent de quantumul obligațiilor salariale datorate și independent de numărul salariaților afectați de întârzierea la plata drepturilor salariale la care ar fi îndreptățiți, potrivit legii, se poate ajunge la starea de criză financiară, singura condiție pe care legea o așază în această privință vizând, *în exclusivitate*, termenul de 90 de zile împlinit și calculat de la data de la care datoriile salariale au devenit scadente.

Secțiunea a 3-a. Cine poate constata ori institui starea de criză financiară a unei unități administrativ-teritoriale și la cererea cui?

7. Conform art. 74 alin. (2) din Legea nr. 273/2006, „situația de criză financiară poate fi sesizată de ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale, conducătorul compartimentului financiar-contabil din cadrul aparatului propriu de specialitate al autorităților administrației publice locale, de ordonatorii secundari de credite și ordonatorii terțiari de credite din cadrul serviciilor publice subordonate consiliului local, de conducătorii societăților comerciale^[1] sau ai regiilor autonome din subordinea consiliului local, de diverși creditori, de directorul direcției generale a finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București și de structurile teritoriale ale Curții de Conturi. Sesizarea se face la direcția generală a finanțelor publice județene sau a municipiului București și la ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale care se află în situația de criză financiară”.

La rândul său, art. 3 alin. (2) din O.U.G. nr. 46/2013 prevede că: „Autoritatea deliberativă ia act, prin adoptarea unei hotărâri, de existența situației de criză financiară, mandatează ordonatorul principal de credite să elaboreze un proiect de plan de redresare financiară și analizează propunerile strategice preliminare care să fie cuprinse în planul de redresare financiară elaborat de către ordonatorul principal de credite”.

Cele două dispoziții ridică mai multe probleme. După cum lesne se poate observa, primul dintre ele întreprinde o enumerare a tuturor acelor persoane cărora le este recunoscută, potrivit legii, posibilitatea de a sesiza autoritatea deliberativă constituită la nivelul unei unități administrativ-teritoriale cu existența stării de criză financiară. Practic, această sesizare trebuie să îmbrace forma unei cereri pe care oricare dintre subiectele menționate sub dispozițiile art. 74 alin. (2) din Legea nr. 273/2006 o adresează, după caz, consiliului local sau consiliului județean, ocazie cu care i se solicită unei astfel de autorități deliberative adoptarea unei hotărâri prin care să ia act de existența, la nivelul unității administrativ-teritoriale pentru care respectiva autoritate deliberativă s-a constituit, a stării de criză financiară și să ia măsura enumerată de art. 3 alin. (2) din O.U.G. nr. 46/2013, respectiv să îl mandateze pe ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale respective – sector, comună, oraș sau județ – să elaboreze un proiect de plan de redresare financiară.

Cel puțin două sunt întrebările-problemă care se ridică în strânsă legătură cu această procedură:

a) *în ce termen autoritatea deliberativă sesizată are obligația de a da răspuns unei astfel de sesizări?*

b) *care sunt remediile juridice la care cel interesat poate recurge în ipoteza în care autoritatea deliberativă sesizată nu dă niciun fel de răspuns celui de la care a primit o atare sesizare sau dă un răspuns pe care autorul sesizării îl apreciază ca fiind contrar legii sau neîntemeiat?*

^[1] Potrivit art. 77 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă (M. Of. nr. 365 din 30 mai 2012), „Ori de câte ori prin legi și prin alte acte normative se face trimitere la Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale ori la «societatea comercială/societățile comerciale», după caz, trimiterea se consideră a fi făcută la Legea societăților nr. 31/1990 ori, după caz, la «societatea/societățile reglementată/reglementate de Legea nr. 31/1990, republicată, cu modificările și completările ulterioare»”.

8. În lipsa unui termen stabilit prin O.U.G. nr. 46/2013 sau prin Legea nr. 273/2006, din punctul nostru de vedere, un consiliu local sau unul județean, după caz, are obligația de a da un răspuns subiectului titular al sesizării (prin care se solicită unei astfel de autorități să constate existența stării de criză financiară) în *cel mult 30 de zile de la data înregistrării cererii*, având în vedere prevederile art. 2 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ^[1], text potrivit căruia orice autoritate publică (iar consiliul local, respectiv consiliul județean sunt astfel de autorități) se face vinovată de *nesoluționarea în termen legal a unei cereri* în ipoteza în care „nu răspunde solicitantului în termen de 30 de zile de la înregistrarea cererii, dacă prin lege nu se prevede alt termen”.

9. În oricare situație în care autoritatea deliberativă sesizată cu o cerere (administrativă) de constatare a stării de criză financiară nu răspunde într-un termen de 30 de zile de la înregistrarea ei sau dacă răspunsul îl nemulțumește pe autorul sesizării, principal, acestuia din urmă trebuie să i se recunoască *posibilitatea de a se adresa justiției*. Care va fi instanța competentă? În absența unor alte precizări pe care să le facă, după caz, O.U.G. nr. 46/2013 ori Legea nr. 273/2006, apreciem că instanța care ar putea fi sesizată cu o acțiune în obligarea unui consiliu (local sau județean) la adoptarea unei hotărâri prin care o astfel de autoritate să constate starea de criză financiară la nivelul unei unități administrativ-teritoriale și să îl mandateze pe ordonatorul principal de credite al aceleiași unități să elaboreze un proiect de plan de redresare financiară este *secția de contencios administrativ a tribunalului în a cărei circumscripție se găsește sediul autorității deliberative* anterior sesizate. O astfel de acțiune ar fi întemeiată pe prevederile art. 1 alin. (1) (teza referitoare la nesoluționarea în termen a unei cereri), pe cele ale art. 8 alin. (1) și pe cele ale art. 18 alin. (1) (teza referitoare la obligarea autorității publice pârâte la emiterea/adoptarea unui act administrativ) din cuprinsul Legii nr. 554/2004.

O problemă pe care o ridică acțiunea mai sus descrisă, atunci când ea are ca obiect anularea unui act administrativ prin care un consiliu local sau județean a respins sesizarea de constatare a stării de criză financiară, este aceea dacă, într-o atare ipoteză, înainte de sesizarea instanței de contencios administrativ, cel abilitat va fi obligat să parcurgă procedura prealabilă a plângerii administrative, descrisă de art. 7 din Legea nr. 554/2004. Din punctul nostru de vedere, în absența unei norme exprese care să îl scutească pe cel abilitat prin lege să obțină adoptarea unei hotărâri prin care un consiliu local sau, după caz, unul județean să constate existența unei stări de criză financiară, acestuia îi incumbă *obligația de a parcurge procedura prealabilă* anterior menționată, sub sancțiunea respingerii ca inadmisibilă a acțiunii sale directe.

Secțiunea a 4-a. Comitetul pentru situații de criză financiară: componentă, natură juridică și atribuții

10. Articolul 5 alin. (1) și (2) din O.U.G. nr. 46/2003 prevede următoarele:

„(1) În termen de 5 zile lucrătoare de la adoptarea hotărârii prin care a fost declarată starea de criză financiară, se constituie comitetul pentru situații de criză financiară, prin ordin al prefectului. Acesta se convoacă de către prefect. Comitetul include următoarele persoane:

^[1] M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

a) primarul sau președintele consiliului județean, al unității administrativ-teritoriale sau al subdiviziunii acesteia aflate în criză financiară, după caz;

b) șeful compartimentului financiar-contabil al unității administrativ-teritoriale sau al subdiviziunii acesteia aflate în criză financiară;

c) conducătorul serviciului public de interes local care a generat starea de criză financiară, după caz;

d) un reprezentant al autorității deliberative a unității administrativ-teritoriale sau a subdiviziunii acesteia aflate în criză financiară;

e) un reprezentant al direcției generale a finanțelor publice județene sau a municipiului București;

f) un reprezentant al structurii asociative a autorităților administrației publice locale din a cărei categorie face parte unitatea administrativ-teritorială în cauză.

(2) Comitetul pentru situații de criză financiară este legal constituit în prezența tuturor membrilor, iar deciziile se iau prin vot, cu majoritate simplă”.

Comitetul de criză financiară este, după părerea noastră, o veritabilă autoritate publică, în sensul dat acestei noțiuni prin dispozițiile art. 2 alin. (1) lit. b) fraza I din Legea nr. 554/2004. Conform acestui text, *autoritatea publică* este orice organ de stat sau al unei unități administrativ-teritoriale „care acționează, în regim de putere publică, pentru satisfacerea unui interes legitim public”. La rândul său, *interesul legitim public* este – potrivit art. 2 alin. (1) lit. r) din aceeași Lege a contenciosului administrativ – cel care vizează, printre altele, „garantarea drepturilor (...) fundamentale ale cetățenilor, satisfacerea nevoilor comunitare” și „realizarea competenței autorităților publice”.

Prin urmare, raportat la componența comitetului de criză financiară (funcționari publici, demnitari și angajați de drept comun în administrația publică), la atribuțiile sale și modul de lucru, apreciem că un atare comitet este un *organ al administrației publice locale*; constituit într-o situație excepțională și pentru o situație excepțională.

Secțiunea a 5-a. Planul de redresare financiară: natură juridică, conținut, rol

11. Alineatele (3) și (4) al art. 5 din O.U.G. nr. 46/2013 au următorul conținut:

„(3) În termen de 30 de zile de la adoptarea hotărârii prin care a fost declarată starea de criză financiară, ordonatorul principal de credite împreună cu ceilalți membri ai comitetului pentru situații de criză financiară pregătesc un plan de redresare financiară a unității administrativ-teritoriale, cu avizul camerei de conturi teritoriale.

(4) Planul de redresare financiară cuprinde:

1. o prezentare a situației economico-financiare a unității administrativ-teritoriale;
2. măsuri care să asigure prestarea serviciilor publice esențiale de către autoritățile administrației publice locale pe durata aplicării planului de redresare financiară;
3. măsuri de îmbunătățire a managementului financiar și a mecanismelor de control necesare pentru eficientizarea furnizării serviciilor publice esențiale;
4. măsuri de creștere a gradului de colectare a veniturilor proprii, precum și de generare de venituri suplimentare;
5. măsuri pentru reducerea cheltuielilor;
6. planificarea economico-financiară și bugetară pe perioada procedurii de redresare financiară, care presupune:

a) analiza tuturor veniturilor și cheltuielilor bugetare, recomandări pentru creșterea veniturilor și reducerea cheltuielilor, precum și elaborarea de rectificări ale bugetului local;

b) proiecția veniturilor și cheltuielilor pentru anul curent și pentru următorii 2 ani;

c) restructurarea conducerii, organizării și gestionării aparatului de specialitate al primarului, respectiv al consiliului județean, a serviciilor și instituțiilor publice de interes local sau județean, după caz;

7. stabilirea sarcinilor pentru îndeplinirea prevederilor din planul de redresare financiară pe obiective, persoane responsabile și termene”.

La rândul său, potrivit alin. (5) al aceluiași text mai sus evocat, „planul de redresare financiară se aprobă, la propunerea ordonatorului principal de credite, prin hotărâre a autorității deliberative”. Concret, în condițiile art. 74 alin. (9) din Legea nr. 273/2006, „planul de redresare financiară este supus spre aprobare autorității deliberative în termen de 3 zile lucrătoare de la elaborare și va fi adoptat în termen de cel mult 5 zile lucrătoare de la depunere. În cazul în care planul de redresare financiară nu este adoptat, autoritatea deliberativă se întrunește în termen de 3 zile lucrătoare de la data dezbaterii în ultima ședință pentru reanalizarea acestuia. Dacă planul de redresare financiară nu se adoptă, acesta se consideră aprobat în forma propusă de inițiator”.

Pe marginea acestui text se impun a fi făcute câteva *observații*; astfel:

a) legea pune la dispoziția autorității deliberative competente un termen de 5 zile până la împlinirea căruia aceasta are obligația de a aproba proiectul planului de redresare financiară conceput de primar sau de președintele consiliului județean, în calitatea lor de membri ai comitetului pentru situații de criză financiară;

b) din păcate, O.U.G. nr. 46/2013 *nu stabilește o sancțiune* pentru cazul în care autoritatea deliberativă căreia i-a fost supus un proiect de plan de redresare nu aprobă un astfel de proiect în termenul de 5 zile evocat de art. 74 alin. (9) din Legea nr. 273/2006. Astfel stând lucrurile, în ipoteza în care o atare autoritate deliberativă rămâne în pasivitate, singurul remediu judiciar la care se poate recurge este *o acțiune promovată la instanța de contencios administrativ*, prin care să se solicite, de către subiectul care a formulat cererea administrativă în constatarea stării de criză financiară, obligarea consiliului local sau județean anterior sesizat la adoptarea hotărârii de aprobare a proiectului de plan de redresare financiară, sub sancțiunea plății de către membrii unor astfel de consilii a unor daune cominatorii până la conformare;

c) dacă însă autoritatea deliberativă a luat în dezbateri proiectul de plan de redresare propus, însă nu a reușit adoptarea unei hotărâri de aprobare, legea stabilește faptul că, în termen de 3 zile de la această din urmă ședință, consiliul local sau județean se întrunește într-o nouă ședință, având ca ordine de zi luarea în dezbateri și aprobarea proiectului planului de redresare financiară. În cazul în care nici în cuprinsul acestei secunde ședințe nu se ajunge la adoptarea unei hotărâri de aprobare a proiectului planului de redresare financiară, proiectul „se consideră aprobat în forma propusă de inițiator”, adică de comitetul de criză financiară. Legiuitorul a recurs, în această situație particulară, la o soluție legislativă *abruptă*, socotind că, în cazul în care autoritatea deliberativă constituită la nivelul unei unități administrativ-teritoriale nu este în măsură să aprobe un plan de redresare propus de către comitetul de criză, în condițiile stabilite de lege, acest plan se socotește a fi, de drept, aprobat; procedând astfel, legiuitorul a urmărit să evite efectele indezirabile ale unui blocaj decizional la care s-ar putea ajunge în ipoteza în care disputele politice sau

alte motive împiedică atingerea unei majorități suficiente la nivelul consiliului local sau al celui județean, după caz, pentru a fi aprobat, în condițiile legii, planul de redresare propus.

12. Potrivit art. 6 din O.U.G. nr. 46/2013:

„La elaborarea planului de redresare financiară, atribuțiile comitetului pentru situații de criză financiară sunt:

a) verifică estimarea veniturilor unităților administrativ-teritoriale și analizează gradul de colectare a veniturilor proprii, estimează veniturile din impozitul pe venit și sumele destinate echilibrării bugetelor locale;

b) cercetează cauzele lipsei de fonduri și furnizează soluții cu privire la modalitatea de finanțare a activităților pentru îndeplinirea atribuțiilor din sarcina autorităților administrației publice locale”.

Prin urmare, este evident faptul că *acest comitet pentru situații de criză exercită atribuții de administrație publică de tip consultativ*. Rolul său în elaborarea planului de redresare financiară este unul pur consultativ, ce se manifestă în raporturile cu primarul sau, după caz, președintele consiliului județean, aleși la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de criză financiară. Altfel spus, comitetul pentru situații de criză financiară îl asistă pe primar sau, după caz, pe președintele consiliului județean în elaborarea planului de redresare financiară, însă nu are un rol decizional în alcătuirea unui astfel de plan. *Planul este asumat* – în integralitatea lui – *de către ordonatorul principal de credite* de la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de criză financiară, ordonator care nu poate fi decât primarul sau, după caz, președintele consiliului județean. Din punctul nostru de vedere, atribuția asumării – prin subsemnare – a planului de redresare financiară nu poate fi delegată de către primar sau de către președintele consiliului județean, sub nicio formă, nici administratorului public, nici managerului public și nici unui alt funcționar public sau angajat de drept comun din cadrul aparatului propriu de specialitate al primarului sau al consiliului județean. Pe de altă parte, nimic nu se opune ca, în caz de imposibilitate a primarului sau a președintelui consiliului județean de a-și exercita atribuțiile (ca urmare, spre pildă, a suspendării mandatului lor), planul de redresare financiară să fie asumat de către viceprimar sau de către vicepreședintele consiliului județean, în calitatea lor de demnitari care, de drept, țin locul primarului sau, după caz, al președintelui consiliului județean.

La rândul său, ordonatorul principal de credite ales la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de criză financiară, deși *propune* autorității deliberative planul de redresare financiară, nu exercită o propriu-zisă prerogativă de administrație publică de tip consultativ. Este adevărat faptul că, în limbajul comun al discursului doctrinar de drept administrativ, *propunerea* intră în sfera administrației publice consultative. Numai că, în cazul de față, propunerea pe care primarul sau, după caz, președintele consiliului județean o face autorității publice deliberative, de a aproba planul de redresare financiară, nu este o propriu-zisă (clasică) propunere, fie și numai pentru că, în ipoteza în care autoritatea deliberativă sesizată nu aprobă planul, astfel cum a fost avansat, nici chiar cu prilejul celei de-a doua ședințe, el se socotește aprobat automat. Este un mecanism rareori întâlnit în raporturile juridice de drept administrativ, dar care – dată fiind situația excepțională în care se găsește o unitate administrativ-teritorială aflată în stare de criză financiară – își găsește pe deplin justificarea. O atare procedură nu are nimic comun cu procedura aprobării tacite, pentru că instituirea ei nu are rolul de a penaliza lipsa de acțiune ori pasivitatea autorității publice deliberative, ci de a face posibilă evoluția întregului proces

afere stării de criză financiară în care se află, la un moment dat, o unitate administrativ-teritorială, mai ales în situația în care, din diferite rațiuni, nu se poate ajunge la adoptarea unei hotărâri propriu-zise de aprobare a unui astfel de plan de redresare financiară. La rândul ei, *aprobarea* de care face vorbire art. 74 alin. (9) din Legea nr. 273/2006 nu este o aprobare propriu-zisă, ci mai degrabă o *confirmare*, împrejurare care decurge tocmai din cele anterior arătate.

Autoritatea publică sesizată căreia i se propune un plan de redresare financiară are posibilitatea de a-l aproba fie în forma propusă, fie cu modificări; legea nu face nicio precizare în această privință și, în lipsa unor texte pozitive care să instituie limitări ale capacității decizionale a autorității deliberative, socotim că unui consiliu local sau, după caz, unui județean trebuie să i se recunoască posibilitatea de a ajusta, respectiv modifica planul de redresare financiară propus. Singura limitare a capacității decizionale privește situația în care propunerea de plan de redresare financiară nu este aprobată nici chiar în cursul celei de-a doua ședințe convocate în acest scop, iar legiuitorul a preferat o atare soluție legislativă din rațiunile pragmatice mai sus evocate.

13. Conform art. 74 alin. (10) din Legea nr. 273/2006, „planul de redresare financiară poate fi modificat, la cererea ordonatorului principal de credite, ori de câte ori este necesar, în cazul în care apar date, informații sau fapte necunoscute la momentul aprobării acestuia, dacă acestea pot împiedica procesul de redresare financiară. Noul plan este elaborat de ordonatorul principal de credite împreună cu membrii comitetului pentru situații de criză financiară și se supune aprobării autorității deliberative”.

Ipoteza *modificării planului de redresare financiară* este, după cum lesne se poate observa, defectuos reglementată de legiuitor. În prima parte a textului mai înainte citat se face vorbire despre modificarea planului de redresare financiară inițial aprobat, pentru ca, mai apoi (în cuprinsul tezei a II-a a aceleiași dispoziții legale), să se facă mențiune despre „noul plan”. Astfel stând lucrurile, socotim că, în realitate, ori de câte ori se pune problema modificării planului inițial de redresare financiară și acest lucru se realizează, în realitate vorbim despre *un nou plan*.

Redactarea unui nou plan de redresare financiară este însă supusă unor cumulative *cerințe*, și anume:

a) ordonatorul principal de credite, ales la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de criză financiară să solicite autorității deliberative corespunzătoare modificarea planului inițial. Textul este foarte clar în această privință; modificarea planului nu poate fi făcută la inițiativa unei alte autorități sau a unui alt subiect de drept, ordonatorul principal de credite având, în această privință, un *drept exclusiv* în a cere modificarea unui plan de redresare anterior aprobat;

b) elaborarea planului modificat se face de către ordonatorul principal de credite împreună cu membrii comitetului pentru situații de criză financiară. Din punctul nostru de vedere, această prevedere legală *nu* se interpretează în sensul că noul plan ar trebui asumat, prin subsemnare, atât de către ordonatorul principal de credite, cât și de majoritatea membrilor comitetului pentru situații de criză financiară; planul este asumat, respectiv însoțit numai de ordonatorul principal de credite; însă, pentru a preîntâmpina vreun eventual abuz ori pentru a nu lăsa evoluția planului de redresare financiară la discreția exclusivă a ordonatorului de credite, credem că eventualele consultări care au loc între acest ordonator, pe de o parte, și membrii comitetului pentru situații de criză financiară,

pe de altă parte, ar trebui consemnate într-un proces-verbal care ar trebui atașat proiectului de plan modificat și avansat în acest fel, spre aprobare, autorității publice deliberative;

c) modificarea planului poate fi propusă numai în cazul în care „apar date, informații sau fapte necunoscute la momentul aprobării acestuia” și ele „pot împiedica procesul de redresare financiară”. Cerința încorporează, în realitate, *două condiții*: ca, de la momentul aprobării inițiale a planului de redresare financiară, să fi apărut date, informații sau fapte necunoscute la data la care autoritatea deliberativă competentă a aprobat planul (sau de la data la care acesta s-a socotit a fi aprobat de drept, pentru că autoritatea deliberativă nu a fost în măsură să ajungă la un vot decizoriu eficient) și ca noile elemente despre care a aflat să fie apte să împiedice procesul de redresare financiară. Considerăm că această capacitate a elementelor nou-revelate de a împiedica procesul de redresare financiară trebuie apreciată subiectiv (de la caz la caz); este suficient ca elementele să fie capabile a determina o îngreunare a procesului de redresare financiară, pentru a se justifica o modificare a planului inițial de redresare financiară; în orice caz, *dreptul de apreciere aparține, în exclusivitate, ordonatorului principal de credite*. În ipoteza în care comitetul pentru situații de criză financiară va avea un alt punct de vedere, refuzând eventual să își dea concursul pentru elaborarea unui nou plan de redresare financiară (respectiv pentru modificarea planului inițial), ordonatorul principal de credite ales la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în situație de criză financiară nu va putea fi împiedicat să elaboreze un nou plan de redresare, respectiv să propună autorității deliberative modificarea planului inițial; altfel spus, decizia aparține acestui ordonator fie și numai pentru că doar el poate propune, în egală măsură, atât aprobarea unui plan inițial de redresare financiară, cât și modificarea lui ulterioară;

d) în sfârșit, rămâne a mai răspunde și la întrebarea dacă autoritatea deliberativă ar putea refuza aprobarea modificărilor propuse la planul inițial de redresare financiară ori dacă aprobarea modificării s-ar putea face într-o altă formă decât cea propusă de ordonatorul principal de credite. Din punctul nostru de vedere, în tăcerea legii, prin analogie (cu toate criticile care pot fi aduse unei astfel de interpretări), răspunsul la cele două întrebări-problemă ar trebui să fie următorul:

- autoritatea deliberativă este obligată să urmeze aceeași procedură pe care legea o descrie și care se aplică etapei în care planul de redresare este supus unei inițiale aprobări;

- în consecință, în cazul în care autoritatea deliberativă nu aprobă propunerea de modificare a planului inițial de redresare, nici măcar cu prilejul celei de-a doua ședințe convocate în acest scop, propunerea de modificare se socotește a fi aprobată în forma avansată de către ordonatorul principal de credite;

- nimic nu se opune însă ca propunerea de modificare a planului de redresare financiară să fie aprobată cu modificări, pe care le inițiază și, ulterior, le decide autoritatea deliberativă.

14. Alineatul (11) al art. 74 din aceeași Lege nr. 273/2006 stabilește faptul că „ordonatorul principal de credite are obligația ca în perioada desfășurării procedurii de redresare a crizei financiare să asigure funcționarea eficientă și eficace a serviciilor publice esențiale”. Acest text consacră ceea ce se numește în dreptul administrativ *principiul continuității serviciilor publice*; această continuitate trebuie preservată, potrivit legii, chiar și în situația în care o unitate administrativ-teritorială a ajuns în stare de criză financiară. Discuția care rămâne însă deschisă este următoarea: la ce nivel, respectiv la ce dimensiune – cantitativă și, respectiv, calitativă – trebuie asigurată funcționarea serviciilor publice esențiale? Răs-

punsul la o atare întrebare nu este facil, însă, din capul locului, se impune a fi observată grija legiuitorului pentru delimitări și restricționări. Acesta vorbește despre obligativitatea asigurării funcționării *serviciilor publice esențiale*, ceea ce înseamnă că o atare obligație nu subzistă și în cazul *serviciilor neesențiale*. Numai că o astfel de abordare analitică este extrem de vulnerabilă, căci ea nu reușește să deosebească între servicii publice esențiale, pe de o parte, și servicii publice neesențiale, pe de altă parte.

Astfel stând lucrurile, apreciem că sunt și rămân *esențiale* acele servicii publice a căror sistare ar periclita ori primejdii existența comunității (colectivității) locale în timpul și pe parcursul perioadei de criză financiară. Ne gândim, spre pildă, la serviciile de asistență socială pentru persoane vârstnice și pentru minori, serviciile de combatere a epidemiilor ori a epizootiilor, serviciile de asigurare a apei curente, a agentului termic în timpul perioadelor reci ale anului calendaristic, serviciile de asigurare a ordinii și liniștii publice (cum ar fi cele prestate de poliția locală). Nu este însă mai puțin adevărat nici faptul că *astfel de servicii pot fi menținute și la un nivel mai redus* (decât nivelul la care funcționau înainte de instituirea stării de criză financiară), ceea ce implică reduceri de posturi și, implicit, de personal angajat, numai că reducerea nivelului de funcționare a unor astfel de servicii publice este o chestiune de oportunitate, asupra căreia ar cădea de a lua decizii ordonatorul principal de credite ales la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de criză financiară, prin raportare la planul de redresare aprobat de autoritatea publică deliberativă.

În ipoteza în care nivelul de asigurare a serviciilor publice esențiale scade sub pragul rezonabil de suportabilitate, cei vătămați în drepturile lor prin acte administrative ori fapte juridice asimilate care au condus la reducerea brutală, nejustificată ori chiar la suprimarea unor servicii publice esențiale se pot adresa instanței judecătorești de contencios administrativ, spre a obține anularea unor astfel de acte sau, după caz, obligarea ordonatorului principal de credite la luarea tuturor acelor măsuri (respectiv îndeplinirea tuturor acelor operațiuni administrative) care să conducă la realizarea dezideratului enunțat de art. 74 alin. (11) din Legea nr. 273/2006.

Secțiunea a 6-a. Încetarea crizei financiare

15. Potrivit art. 74 alin. (12) și (13) din Legea nr. 273/2006:

„(12) Autoritatea deliberativă declară, la cererea ordonatorului principal de credite și cu avizul consultativ al comitetului pentru situații de criză financiară, încetarea situației de criză financiară, prin adoptarea unei hotărâri, dacă:

a) criteriile prevăzute la alin. (1) nu s-au mai evidențiat timp de 180 de zile calendaristice;
b) sunt îndeplinite criteriile pentru declararea stării de insolvență, prevăzute de art. 75, caz în care unitatea administrativ-teritorială este supusă procedurii insolvenței, prevăzută de prezenta lege.

(13) Situația de criză financiară, respectiv încetarea acesteia, se înregistrează, în termen de 5 zile de la declararea situației de criză financiară, de către ordonatorul principal de credite, respectiv de la aprobarea încetării stării de criză financiară, în registrul local al situațiilor de criză financiară a unităților administrativ-teritoriale, care este gestionat de direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București. Acestea vor comunica lunar situațiile de deschidere sau de închidere a crizelor financiare înregistrate Ministerului Finanțelor Publice, pentru a fi înregistrate în registrul național al situațiilor de criză financiară a unităților administrativ-teritoriale”.

Conform textului citat mai sus, *stării de criză financiară instituite la nivelul unei unități administrativ-teritoriale i se pune capăt ca urmare a unei hotărâri adoptate de către consiliul local sau, după caz, de către consiliul județean*, autorități deliberative alese în respectivele unități administrativ-teritoriale, la propunerea primarului sau a președintelui consiliului județean.

Termenul de 180 de zile curge de la data la care criteriile aferente stării de criză financiară, enunțate de art. 74 alin. (1) din Legea nr. 273/2006, nu mai sunt observabile, respectiv ele nu mai pot fi constatate în patrimoniul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de criză financiară, anterior declarată. Concret, unitatea administrativ-teritorială va putea ieși din starea de criză financiară după trecerea a cel puțin 180 de zile de la data la care obligațiile *însulate* de plată, lichide, exigibile și nelitigioase, aparținând unității administrativ-teritoriale și care au o scadență împlinită mai mare de 90 de zile, scad sub 15% din bugetul general al unității administrativ-teritoriale sau în ipoteza în care obligațiile de plată având ca obiect salarii și care au o scadență împlinită mai mare de 90 de zile au fost *integral* achitate.

Dacă, dimpotrivă, cele două situații nu se pot observa, starea de criză financiară se poate prelungi *sine die*, până la data la care sunt întrunite cerințele declarării stării de insolvență a respectivei unități administrativ-teritoriale, iar un subiect îndreptățit solicită declararea acestei stări.

Din conținutul textului citat în acest loc mai rezultă și următoarele:

- starea de criză financiară a unei unități administrativ-teritoriale *poate fi prelungită oricând*, chiar și posterior momentului de la care aceeași unitate administrativ-teritorială ar ajunge în condițiile stării de insolvență, atâta timp cât nu este cerută în instanță declararea stării de insolvență a respectivei unități administrativ-teritoriale;

- starea de criză financiară *poate fi menținută oricât*, cât timp condițiile enunțate de art. 74 alin. (1) din Legea nr. 273/2006 nu au dispărut și atât timp cât de la data dispariției lor nu s-a împlinit un termen de 180 de zile;

- termenul de 180 de zile este întrerupt ori de câte ori, după dispariția condițiilor menționate de art. 74 alin. (1) din Legea nr. 273/2006, aceste condiții reapar mai înainte ca termenul de 180 de zile să se îplinească; termenul reîncepe să curgă numai în situația în care condițiile stării de criză financiară au dispărut și numai de la data dispariției lor.

Secțiunea a 7-a. Noțiunea de insolvență a unităților administrativ-teritoriale și condițiile în care aceasta poate fi constatată

16. Potrivit art. 75 alin. (1) din Legea nr. 273/2006, „insolvența este starea patrimoniului unității administrativ-teritoriale caracterizată prin existența unor dificultăți financiare, prin lipsa acută de disponibilități bănești, ce conduce la neachitarea obligațiilor de plată, lichide și exigibile, pe o anumită perioadă de timp. Insolvența este prezumată în următoarele situații:

- a) neachitarea obligațiilor de plată, lichide și exigibile, mai vechi de 120 de zile și care depășesc 50% din bugetul general al unităților administrativ-teritoriale, fără a se lua în calcul cele aflate în litigiu comercial;

b) neachitarea drepturilor salariale izvorâte din raporturile de muncă și prevăzute în bugetul de venituri și cheltuieli, pe o perioadă mai mare de 120 de zile de la data scadenței”.

Analiza textului mai sus citat ne îndrituiește la a face următoarele *observații*:

a) insolvența unei unități administrativ-teritoriale este definită de legiuitor în forma unei stări precare a patrimoniului respectivei unități administrativ-teritoriale;

b) o atare stare precară a patrimoniului vizează disponibilitățile bănești, respectiv resursele financiare ale respectivei unități administrativ-teritoriale, având în vedere faptul că legea face vorbire despre „dificultăți financiare” și despre „lipsa acută de disponibilități bănești”, situație care determină imposibilitatea achitării „obligațiilor de plată, lichide și exigibile, pe o anumită perioadă de timp” (s.n.);

c) expresia „pe o anumită perioadă de timp” ridică probleme de aplicare a textului, căci ea este, practic, nedefinită, neputându-se stabili, în mod obiectiv, ce anume ar trebui să înțeleagă prin această sintagmă cel chemat să aplice legea; în lipsa unor alte precizări, din punctul nostru de vedere, expresia se impune a fi coroborată cu conținutul tezei a II-a din conținutul aceluiași art. 75 alin. (1) din Legea nr. 273/2006, text care instituie o prezumție de existență a stării de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale ori de câte ori obligațiile ei de plată sunt mai vechi de 120 de zile și, după caz, depășesc 50% din bugetul general al respectivei unități sau, fără a depăși acest prag procentual, sunt reprezentate de drepturi salariale prevăzute în bugetul unității, dar neachitate;

d) teza a II-a din cuprinsul prevederii legale asupra căreia ne-am oprit în acest paragraf instituie o *prezumție de insolvență în două situații distincte*, și anume:

– în cazul în care unitatea administrativ-teritorială acumulează obligații de plată care, totalizate, depășesc 50% din bugetul său general, iar scadența lor este mai veche de 120 de zile;

– în cazul în care unitatea administrativ-teritorială acumulează obligații de plată constând în creanțe salariale neonorate, a căror scadență este mai veche de 120 de zile, indiferent de cuantumul lor;

e) în oricare dintre cele două situații limitativ enunțate de art. 75 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 273/2006, vorbim despre o *prezumție relativă de insolvență*, care însă nu plasează automat respectiva unitate administrativ-teritorială în stare de insolvență, dar poate justifica, *de facto*, formularea unei cereri având ca obiect deschiderea procedurii de insolvență la adresa unei astfel de unități;

f) din maniera în care a fost formulată teza a II-a din cuprinsul art. 75 alin. (1) analizat s-ar putea crede că cele două situații menționate de acest text pozitiv s-ar constitui în tot atâtea cazuri în care insolvența unei unități administrativ-teritoriale poate fi cerută, cu șanse mari de reușită, însă cele două ipoteze enunțate de legiuitor nu ar fi singurele în care o cerere de deschidere a procedurii insolvenței la adresa unei unități administrativ-teritoriale ar putea fi și primită. Din punctul nostru de vedere, o atare interpretare a textului supus analizei de față nu poate fi acceptată; credem că insolvența unei unități administrativ-teritoriale poate fi solicitată numai în cazul în care *cel puțin una* dintre situațiile despre care face vorbire art. 75 alin. (1) teza a II-a din Legea nr. 273/2006 se regăsește în realitate.

Secțiunea a 8-a. Cine poate solicita deschiderea procedurii de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale?

17. Potrivit art. 75 alin. (2) din Legea nr. 273/2006, „orice creditor sau grup de creditori care are una ori mai multe creanțe certe, lichide și exigibile împotriva unei unități administrativ-teritoriale, cu o valoare însumată care depășește 50% din bugetul acesteia pe o perioadă de 120 de zile consecutive, poate introduce la tribunalul în a cărui circumscripție își are sediul unitatea administrativ-teritorială o cerere de deschidere a procedurii insolvenței acestei unități administrativ-teritoriale”. La rândul său, alin. (3) din cuprinsul aceleiași dispoziții legale citate adaugă următoarele: „În termen de 30 de zile de la solicitarea oricărei persoane interesate, ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale are obligația furnizării situației economico-financiare și a concluziei de încadrare sau neîncadrare în prevederile alin. (1)”. Mai apoi, alin. (4) are următorul conținut: „Ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale are obligația ca, în termen de 15 zile de la constatarea stării de insolvență care a intervenit potrivit alin. (1), să solicite deschiderea procedurii privind insolvența unității administrativ-teritoriale, prin cerere depusă la tribunalul în a cărui circumscripție se află unitatea administrativ-teritorială respectivă. Ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale are obligația de a notifica deschiderea procedurii de insolvență creditorilor și oricăror persoane interesate”. În sfârșit, alin. (5) stabilește faptul că „introducerea prematură, cu rea-credință, de către ordonatorul principal de credite a cererii prevăzute la alin. (4) atrage răspunderea acestuia, în condițiile legii, pentru prejudiciile pricinuite părții interesate”.

Prin urmare, în lumina textelor enunțate mai sus, *poate cere deschiderea procedurii de insolvență* la adresa unei unități administrativ-teritoriale, după caz:

a) *un creditor* a cărui creanță sau ale cărui creanțe se găsesc cel puțin în una dintre situațiile avute în vedere de art. 75 alin. (1) teza a II-a lit. a) sau b) din Legea nr. 273/2006;

b) *un grup de creditori* a căror creanță sau ale căror creanțe, *însumate*, se găsesc în situația reglementată de lit. a) a art. 75 alin. (1) sau, după caz, de lit. b), sub condiția ca, în cazul tuturor creanțelor de care se prevalează acest grup de creditori (respectiv a tuturor celor luate în calculul ponderii de cel puțin 50% din bugetul general al unității administrativ-teritoriale în cauză), scadența să fie mai veche de 120 de zile; creanțele în cazul cărora vechimea scadenței este mai scurtă de 120 de zile sau care sunt litigioase, în sensul dat acestei noțiuni de art. 75 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 273/2006, nu intră în această însumare;

c) *ordonatorul principal de credite* al unității administrativ-teritoriale sau înlocuitorul său de drept (în orice situație în care ordonatorul principal de credite se găsește în imposibilitatea de a-și exercita mandatul), respectiv primarul (sau viceprimarul) ori președintele consiliului județean (sau vicepreședintele consiliului județean), în oricare dintre situațiile enunțate de art. 75 alin. (1) lit. a) sau b) din Legea nr. 273/2006. *Promovarea cu rea-credință* a unei cereri de deschidere a insolvenței la adresa unei unități administrativ-teritoriale atrage răspunderea patrimonială a acestuia pentru prejudiciile cauzate părții interesate. Din punctul nostru de vedere, intră în categoria „*parte interesată*” inclusiv unitatea administrativ-teritorială în cauză, ori de câte ori o cerere de deschidere a stării de insolvență a fost promovată cu rea-credință, iar gestul i-a cauzat unității prejudicii în

legătură cu evoluția actelor juridice, inclusiv a contractelor de orice fel (civile sau administrative) prin care s-a obligat față de terți.

În cazul în care, având interes în deschiderea procedurii insolvenței, o anumită persoană (titulară a unor creanțe împotriva unității administrativ-teritoriale) solicită ordonatorului principal de credite (primarului sau președintelui consiliului județean) informații referitoare la situația economico-financiară a unității administrativ-teritoriale, respectiv de încadrare în cerințele enunțate de art. 75 alin. (1) din Legea nr. 273/2006, și nu le primește (sau nu le primește în termenul de 30 de zile de la înregistrarea solicitării), *cel interesat se va putea adresa instanței de contencios administrativ* (de la nivelul tribunalului în a cărui circumscripție se găsește sediul autorității care avea obligația de a furniza aceste informații) cu o acțiune în sancționarea refuzului nejustificat de soluționare a unei cereri, în condițiile stabilite prin Legea nr. 554/2004; competența materială de a soluționa o astfel de pricină nu o va avea deci instanța chemată să rezolve, în principiu, litigiile dintre profesioniști, ci ea va reveni instanței de contencios administrativ, fiind vorba despre un refuz nejustificat de soluționare a unei cereri și nu de un litigiu având ca obiect un diferend între profesioniști.

*Secțiunea a 9-a. Instanțele judecătorești implicate
în procedura insolvenței unităților administrativ-teritoriale și rolul
judecătorului-sindic în cadrul acestei proceduri. Participanții
la procedura insolvenței unităților administrativ-teritoriale*

18. Potrivit art. 75 alin. (6) din Legea nr. 273/2006, „judecătorul-sindic, prin hotărârea de deschidere a procedurii de insolvență, va numi un administrator”. Alin. (7) al aceleiași text stabilește faptul că „în termen de 30 de zile calendaristice administratorul judiciar elaborează planul de redresare a insolvenței, împreună cu ordonatorul principal de credite, cu avizul direcției generale a finanțelor publice județene sau al Direcției Generale a Finanțelor Publice a Municipiului București și al camerei de conturi teritoriale”. La rândul său, alin. (10) adaugă următoarele: „Planul de redresare a insolvenței se supune aprobării consiliului local, în termen de 10 zile de la întocmire conform prevederilor alin. (7) și devine obligatoriu atât pentru autoritatea deliberativă, cât și pentru ordonatorul principal de credite al unității administrativ-teritoriale”. În sfârșit, alin. (11) al aceleiași prevederi analizate în acest loc stabilește faptul că, „în caz de neadoptare în termenul prevăzut la alin. (10), administratorul va propune judecătorului-sindic emiterea hotărârii de preluare a atribuțiilor de ordonator principal de credite de către administrator”.

De asemenea, potrivit art. 14 alin. (1) din O.U.G. nr. 46/2013, sunt prevăzuți de lege în calitate de participanți la procedura insolvenței unei autorități administrativ-teritoriale: ordonatorul principal de credite, autoritățile deliberative, instanțele judecătorești, judecătorul-sindic, adunarea creditorilor, comitetul creditorilor și administratorul judiciar

Unele subiecte dintre cele mai sus enumerate au atribuții de administrație publică activă, altele exercită prerogative de administrație publică de tip consultativ, iar judecătorul-sindic desfășoară, în mod firesc, o activitate exclusiv judiciară în această procedură de deschidere și de monitorizare a procedurii insolvenței, care are ca subiect o unitate administrativ-teritorială.

Planul de redresare a insolvenței este elaborat de administratorul judiciar, împreună cu ordonatorul principal de credite și cu avizul serviciului deconcentrat la Ministerului

Finanțelor Publice (competent teritorial), respectiv cu avizul camerei județene de conturi (de asemenea, competentă teritorial). Din punctul nostru de vedere, *aceste avize sunt consultative*, din cel puțin două motive, și anume:

- legea vorbește despre ele fără a le califica; or, în lipsa unei calificări exprese (în sensul că ar fi conform sau obligatoriu), un aviz (formalitate procedurală prealabilă emiterii unui act administrativ unilateral) nu poate fi decât consultativ;

- dacă am admite că ele ar fi conforme (prin urmare, obligatorii), am ajunge la o iremediabilă compromitere a principiului constituțional al autonomiei locale, care nu îngăduie o substituie a unei autorități publice centrale (chiar și a structurii sale deconcentrate) în competența materială a unei autorități a administrației publice locale.

Pe cale de consecință, avizele celor două autorități – serviciul deconcentrat al Ministerului Finanțelor Publice și camera județeană de conturi – au caracter consultativ, astfel că trebuie în mod obligatoriu cerute, însă absența lor (datorată refuzului de a da avizul solicitat), respectiv conținutul lor nu îi obligă în niciun fel nici pe cei chemați să redacteze planul de redresare a insolvenței (administratorul judiciar și ordonatorul principal de credite) și nici autoritatea deliberativă abilitată să aprobe (prin hotărâre) un astfel de plan.

Alineatele (10) și (11) ale art. 75 din Legea nr. 273/2006 încorporează o inadverență logică. Pe de o parte, primul text îl obligă pe ordonatorul principal de credite al unei unități administrativ-teritoriale să supună planul de redresare a insolvenței aprobării consiliului local^[1], în termen de 10 zile de la întocmire, iar, pe de altă parte, cel de-al doilea text stabilește faptul că, în caz de neadoptare a planului de redresare a insolvenței în termenul menționat de alin. (10), „administratorul va propune judecătorului-sindic emiterea hotărârii de preluare a atribuțiilor de ordonator principal de credite de către administrator”. Interpretarea rațională a acestor două texte ar trebui să se facă, din punctul nostru de vedere, după cum urmează:

- a) în termen de 30 de zile de la pronunțarea hotărârii judecătorești de deschidere a procedurii insolvenței privind o unitate administrativ-teritorială, administratorul judiciar are obligația de a elabora planul de redresare a insolvenței, împreună cu ordonatorul principal de credite; nerespectarea termenului nu atrage nicio sancțiune, căci legea tace în această privință;

- b) în termen de 10 zile de la asumare, prin subsemnare de către administratorul judiciar și de către ordonatorul principal de credite, a planului de redresare a insolvenței, acesta trebuie supus aprobării consiliului local/județean;

- c) în termen de 10 zile de la înregistrarea planului de redresare a insolvenței la registratura consiliului local/județean competent, acesta are obligația de a-l aproba; în caz de nesocotire a oricăruia dintre cele două termene de 10 zile, administratorul judiciar are posibilitatea de a se adresa judecătorului-sindic pentru a-i propune pronunțarea hotărârii de preluare a atribuțiilor ordonatorului principal de credite de către același administrator judiciar.

Rămâne deschisă însă următoarea întrebare-problemă: *poate consiliul local/județean să aprobe planul de redresare a insolvenței într-o formă modificată față de cea în care i-a fost prezentat de către ordonatorul principal de credite al respectivei unități administrativ-teritoriale?* Din punctul nostru de vedere, răspunsul la această întrebare nu poate fi decât pozitiv, întrucât:

^[1] Deși textul legal se referă doar la consiliul local, este evident că el este aplicabil și consiliului județean, în funcție de caz.

a) legea nu oprește consiliul local/județean să adopte *cu modificări* planul de redresare a insolvenței;

b) legea îi permite administratorului judiciar să solicite judecătorului-sindic preluarea atribuțiilor ordonatorului principal de credite numai în cazul în care nu supune aprobării autorității deliberative planul de redresare a insolvenței ori dacă această din urmă autoritate nu aprobă (cu sau fără modificări) planul propus, în termen de 10 zile de la prezentare (înregistrare);

c) legea îi obligă pe participanții la procedura insolvenței având calitatea de autorități ale administrației publice să respecte planul de redresare a insolvenței, astfel cum a fost acesta aprobat, nu cum a fost propus.

Alineatul (12) al art. 75 din Legea nr. 273/2006 stabilește faptul că „administratorul va monitoriza respectarea planului de redresare a insolvenței”. La rândul său, alin. (13) adaugă următoarele: „În caz de nerespectare a planului de redresare a insolvenței, administratorul va propune judecătorului-sindic suspendarea atribuțiilor de ordonator principal de credite și emiterea hotărârii de preluare a atribuțiilor de ordonator de credite de către administrator”. În cazul în care o atare hotărâre este pronunțată de judecătorul-sindic și de la data pronunțării ei, ca și în ipoteza avută în vedere de alin. (11) al aceluiași art. 75 din Legea nr. 273/2006, „ordonatorului principal de credite și autorității deliberative a unității administrativ-teritoriale le este interzisă exercitarea oricăror atribuții cu implicații financiare pe toată perioada gestionării situației de insolvență, (...), atribuții care se exercită exclusiv de administratorul judiciar”.

O atare situație ridică o *sensibilă problemă de constituționalitate*. Și aceasta, întrucât art. 2 din Constituția României stabilește, pe de o parte, faptul că „suveranitatea națională aparține poporului român, care o exercită prin organele sale reprezentative, constituite prin alegeri libere, periodice și corecte, precum și prin referendum”, iar, pe de altă parte, „niciun grup și nicio persoană nu pot exercita suveranitatea în nume propriu”. La rândul său, contextualizând, art. 120 alin. (1) din Legea fundamentală adaugă faptul că „administrația publică din unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale și deconcentrării serviciilor publice”. În sfârșit, art. 121 din Constituție are următorul conținut: „(1) Autoritățile administrației publice, prin care se realizează autonomia locală în comune și în orașe, sunt consiliile locale alese și primarii aleși, în condițiile legi. (2) Consiliile locale și primarii funcționează, în condițiile legii, ca autorități administrative autonome și rezolvă treburile publice din comune și din orașe. (3) Autoritățile prevăzute la alin. (1) se pot constitui și în subdiviziunile administrativ-teritoriale ale municipiilor”.

Din punctul nostru de vedere, vicii neconstituționalității art. 75 alin. (11) și (13) din Legea nr. 273/2006 – referitoare la substituirea, de către administratorul judiciar, a ordonatorului principal de credite ales la nivelul unității administrativ-teritoriale intrate în stare de insolvență – este susținut de următoarele împrejurări:

a) administratorul judiciar nu face parte și nici nu poate face parte din categoria autorităților publice prin care se realizează autonomia locală la nivelul unităților administrativ-teritoriale;

b) administratorul judiciar, spre deosebire de primar sau președintele consiliului județean, nu este ales prin vot direct, universal, secret, egal și liber exprimat;

c) administratorul judiciar este desemnat printr-o hotărâre judecătorească – și nu prin mecanisme electorale, constituțional și legal așezate – să exercite prerogativele primar sau președintelui consiliului județean pentru o perioadă (relativ) nedeterminată, respectiv

(cel mai târziu) până la data la care unitatea administrativ-teritorială iese din starea de insolvență;

d) substituirea administratorului judiciar în competența ordonatorului principal de credite se face la cererea acestui ordonator, prin hotărâre judecătorească; pentru respectarea principiului simetriei formelor, ar trebui ca și ieșirea din această situație – a exercitării prerogativelor primarului sau președintelui consiliului județean de către administratorul judiciar – să fie dispusă tot la cererea acestui administrator;

e) ipoteza enunțată de alin. (11) și (13) ale art. 75 din Legea nr. 273/2006 nu poate fi asimilată cu cea în care mandatul primarului se suspendă de drept ca urmare a arestării sale, situație în care prerogativele sale sunt preluate automat de către viceprimar sau de către un consilier local, anume desemnat în acest sens și cu acest scop prin hotărâre a consiliului local;

f) alin. (14) al aceluiași art. 75 din Legea nr. 273/2006 stabilește faptul că „ordonatorului principal de credite și autorității deliberative a unității administrativ-teritoriale le este interzisă exercitarea oricăror atribuții cu implicații financiare pe toată perioada gestionării situației de insolvență, conform prevederilor alin. (11)-(13), atribuții care se exercită exclusiv de administratorul” judiciar;

g) maniera de redactare a textului mai sus citat – la rândul său discutabil sub aspectul constituționalității sale – induce ideea unui partaj al competenței autorităților publice locale și administratorul judiciar; criteriul acestui partaj este reprezentat de așa-zisele *atribuții cu implicații financiare*, între care credem că pot fi plasate, printre altele, următoarele:

- inițierea rectificării și, mai apoi, rectificarea bugetului local;
- inițierea încheierii și, mai apoi, încheierea unor acorduri colective sau contracte colective de muncă la nivelul aparatului propriu de specialitate al primarului;
- majorarea sau ajustarea unor drepturi salariale ale personalului angajat la nivelul aparatului propriu de specialitate al primarului sau al serviciilor publice subordonate acestuia;
- inițierea modificării și, mai apoi, modificarea impozitelor, taxelor și a altor venituri (fiscale sau nu) ale bugetului local (chirii, redevențe, altele similare);
- atribuire în folosință gratuită a unor bunuri din domeniul public local, încheierea unor contracte (civile sau administrative) cu privire la bunuri, servicii și lucrări care interesează patrimoniul unității administrativ-teritoriale sau bugetul acesteia;

Secțiunea a 10-a. Planul de redresare: natură juridică, conținut și rol

19. Potrivit art. 75 alin. (9) din Legea nr. 273/2006, „planul de redresare a insolvenței va cuprinde:

- a) măsurile de restabilire a viabilității financiare a unității administrativ-teritoriale;
- b) măsurile de continuare a prestării serviciilor esențiale ale unității administrativ-teritoriale, pe toată perioada insolvenței acesteia;
- c) planul de achitare a debitelor către creditori”.

Raportându-ne la maniera în care un plan de redresare a insolvenței este conceput și apoi aprobat și privind la calitatea celor implicați în alcătuirea și, mai apoi, adoptarea, prin hotărâre a consiliului local sau județean, după caz, a unui asemenea plan, socotim că el

nu este altceva decât un *act administrativ unilateral cu caracter normativ*. Ne întemeiem afirmația pe următoarele argumente:

- planul de redresare a insolvenței este, de regulă, aprobat, prin hotărâre, de către consiliul local sau județean, după caz, al unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de insolvență, la propunerea ordonatorului principal de credite;

- chiar și în situația excepțională în care nu este supus aprobării (în termen de 10 zile de la concepere) sau nu este aprobat (în termen de 10 zile de la înaintarea sa consiliului local sau județean, competent după caz), planul de redresare a insolvenței conservă aceeași natură juridică; în această situație de excepție – în care administratorul judiciar poate solicita judecătorului-sindic suspendarea atribuțiilor cu implicații financiare ale autorităților publice –, planul de redresare a insolvenței unității administrativ-teritoriale intră în vigoare automat (de drept), de la data pronunțării de către judecătorul-sindic a hotărârii prin care acesta admite cererea administratorului judiciar, în condițiile art. 75 alin. (11), (13) și (14) din Legea nr. 273/2006; însă, în pofida acestui scenariu excepțional, natura juridică a planului de redresare a insolvenței se păstrează, el este și rămâne un act administrativ unilateral cu caracter normativ;

- având natura unui act administrativ unilateral cu caracter normativ, planul de redresare a insolvenței poate fi oricând modificat (cu respectarea regulii simetriei formelor);

- în sfârșit, de la data adoptării sau intrării în vigoare a planului, ca urmare a pronunțării hotărârii evocate de art. 75 alin. (11), (13) și (14) din Legea nr. 273/2006, orice altă dispoziție contrară, cuprinsă în mai toate celelalte acte administrative cu caracter normativ adoptate (în trecut) la nivelul unității administrativ-teritoriale intrate în stare de insolvență, se abrogă. În acest sens, relevante ni se par dispozițiile art. 101 din O.U.G. nr. 46/2013, potrivit cărora, „în momentul pronunțării hotărârii de admitere a planului de redresare (de către judecătorul-sindic – *n.n.*), activitatea și structura aparatului de specialitate al primarului sau consiliului județean, după caz, și a instituțiilor sau serviciilor publice de interes local sau județean, după caz, indiferent de forma de finanțare, sunt reorganizate în mod corespunzător, iar creanțele și drepturile creditorilor și ale celorlalte părți interesate sunt modificate în consecință”.

20. Conform art. 91 din O.U.G. nr. 46/2013, „planul de redresare indică mijloacele și termenele-limită pentru lichidarea datoriilor fiecărui creditor, incluse în planul de achitare a debitelor către creditorii”. De asemenea, „planul de redresare include și un capitol distinct privind planul de achitare a debitelor către creditorii”^[1].

Administratorul judiciar are posibilitatea, dar și obligația de a negocia „cu creditorii aplicarea planului de achitare a debitelor, în cadrul căruia sunt prezentate și calendarul negociat pentru rambursarea datoriei, și condițiile de rambursare”^[2]. Planul de redresare a insolvenței unei unități administrativ-teritoriale „poate defavoriza unele creanțe, poate prelungi data scadențelor și poate modifica rata dobânzii, penalitățile sau oricare alte clauze din cuprinsul contractului ori al celorlalte izvoare ale obligațiilor unității administrativ-teritoriale”^[3]. În condițiile stabilite de O.U.G. nr. 46/2013, „se prezumă că o categorie de creanțe este defavorizată în planul de redresare dacă, pentru oricare dintre

^[1] Conform art. 92 din O.U.G. nr. 46/2013.

^[2] Potrivit art. 93 din O.U.G. nr. 46/2013.

^[3] Conform art. 94 din O.U.G. nr. 46/2013.

creanțele categoriei respective, acesta prevede o modificare fie a creanței, fie a condițiilor de realizare a acesteia”^[1].

Potrivit art. 96 din O.U.G. nr. 46/2013, „garanțiile create după declararea insolvenței nu sunt valide înainte de aprobarea, în scris, și acordarea garanției de continuare a furnizării serviciilor publice esențiale de către administratorul judiciar”.

21. După cum lesne se poate observa, în stabilirea *conținutului (legal) generic* al oricărui plan de redresare a stării de insolvență, legiuitorul s-a concentrat pe *trei coordonate esențiale*, și anume:

a) scăderea cât mai grabnică a cuantumului creanțelor, respectiv a numărului celor a căror scadență este mai veche de 120 de zile;

b) asigurarea/prezervarea continuității serviciilor publice esențiale pentru colectivitatea locală constituită la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de insolvență. În acest sens, alin. (8) al art. 75 din Legea nr. 273/2006 este foarte clar atunci când stabilește faptul că „administratorul sau ordonatorul principal de credite, după caz, are obligația ca în perioada desfășurării procedurii de insolvență să asigure furnizarea eficientă și eficace a serviciilor publice esențiale, în condițiile legii” (s.n.); deși textul se referă în exclusivitate la lege, credem că asigurarea continuității serviciilor publice esențiale pentru colectivitatea locală trebuie să fie făcută *nu numai în condițiile legii*, ci și în condițiile planului de redresare a insolvenței; desigur că, și în această materie, legea are prioritate în aplicare în fața dispozițiilor planului de redresare a insolvenței, având în vedere principiul ierarhiei normelor juridice, dar și împrejurarea că prezervarea acestor servicii esențiale este o cerință de rang constituțional (și legal) și nu depinde (respectiv nu ar trebui să depindă), în exclusivitate, de rigorile unui plan de redresare a insolvenței;

c) maximizarea veniturilor bugetare, astfel încât să crească șansele îndestulării – cel puțin parțiale – a creditorilor unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de insolvență, cel puțin până la un nivel care să plaseze aceste creanțe (însulate) sub pragul de 50% din bugetul general al unității sau pentru a fi eliminate acele creanțe a căror scadență este mai veche de 120 de zile.

Prin urmare, *scopul* oricărui plan de redresare a insolvenței este acela ca unitatea administrativ-teritorială să realizeze lichidități (mijloace bănești), astfel încât să fie în măsură să stingă creanțele care au determinat – prin natura, vechimea și cuantumul lor – instituirea stării de insolvență. Aceste *instrumente de maximizare a veniturilor și de diminuare a cheltuielilor* pot consta, după caz, în:

– majorarea unor taxe, impozite sau a altor venituri bugetare (fiscale sau nefiscale), în limitele legii și în condițiile stabilite de ea;

– valorificarea bunurilor aparținând domeniului privat al unității administrativ-teritoriale supuse procedurii insolvenței, prin vânzare sau închiriere;

– valorificarea bunurilor aparținând domeniului public al unității administrativ-teritoriale supuse procedurii insolvenței, prin închiriere sau concesiune;

– concedieri colective sau individuale;

– reducerea posturilor din organigrama aparatului propriu de specialitate al primarului sau, după caz, al consiliului județean.

22. Rolul planului de redresare a insolvenței este unul clar: el instituie *norme de conduită* pentru participanții la procedura de insolvență a unității administrativ-teritoriale.

[1] Potrivit art. 95 din O.U.G. nr. 46/2013.

Aceste norme sunt obligatorii pentru aleșii locali, pentru funcționarii publici, pentru angajații cu contract individual de muncă, pentru mai toți partenerii contractuali ai unității administrativ-teritoriale, precum și pentru administratorul judiciar.

23. Potrivit art. 98 din O.U.G. nr. 46/2013, „planul de redresare este comunicat de administratorul judiciar tuturor creditorilor, în notificare precizându-se și data ședinței adunării creditorilor, ce are pe ordinea de zi deliberarea cu privire la acest plan”. Conform art. 99 din același act normativ anterior menționat, „pentru validitatea deliberărilor cu privire la planul de redresare este necesară întrunirea voturilor majorității creditorilor, reprezentând cel puțin 2/3 din valoarea creanțelor”. În situația în care planul de redresare este votat de adunarea creditorilor, el este supus atenției judecătorului-sindic, în vederea admiterii.

Articolul 100 teza I din O.U.G. nr. 46/2013 stabilește faptul că „judecătorul-sindic convoacă o ședință, în termen de 20 de zile de la înregistrarea planului de redresare la tribunal”, ocazie cu care „planul este admis, în forma inițială sau modificată, sau respins de judecătorul-sindic, (...) după audierea persoanelor” pe care același judecător-sindic le-a citat pentru termenul în care a supus analizei sale planul de redresare. Teza a II-a a art. 100 adaugă faptul că, în cazul respingerii planului de redresare, „judecătorul-sindic acordă un nou termen pentru refacerea” lui. În această din urmă situație, practic, planul de redresare este trecut din nou prin adunarea creditorilor, cu respectarea acelorași reguli (de fond sau de procedură) mai sus arătate.

24. În legătură cu *rolul și conținutul planului de redresare*, se mai impun a fi reținute și următoarele:

a) creditorii care au votat pentru acceptarea planului de redresare „își conservă acțiunile lor, pentru întreaga valoare a creanțelor, împotriva codebitorilor și fideiusorilor unității administrativ-teritoriale” (art. 102 din O.U.G. nr. 46/2013);

b) *executarea planului de redresare nu poate dura mai mult de 3 ani*, cu începere de la data emiterii lui (art. 103 din O.U.G. nr. 46/2013). În virtutea acestei prevederi, considerăm că:

– niciun plan de redresare a unei unități administrativ-teritoriale intrate în insolvență nu poate fi conceput decât pentru un calendar de cel mult 3 ani;

– în ipoteza în care planul de redresare nu poate fi implementat în termenul maxim de 3 ani pentru care a fost conceput, respectiv condițiile pentru care unitatea administrativ-teritorială a intrat în insolvență nu au dispărut, unitatea nu va intra în lichidare patrimonială (pentru că nicio unitate administrativ-teritorială nu poate fi desființată decât prin lege, iar despre o lichidare integrală a patrimoniului unei astfel de unități nu poate fi vorba, câtă vreme în acest patrimoniu există și bunuri aflate în domeniul public al unității, care sunt inalienabile și însesizabile), ci se va întocmi un nou plan de redresare pentru un termen de 3 ani (sau pentru un termen mai scurt);

c) în cazul în care planul de redresare stipulează o reducere de personal, se indică măsurile luate deja și măsurile care trebuie luate pentru restructurarea personalului (art. 104 din O.U.G. nr. 46/2013);

d) niciun furnizor de servicii de electricitate, gaze, apă, telecomunicații și alte servicii similare nu are dreptul ca în perioada aplicării procedurii de insolvență să schimbe, să refuze ori să întrerupă temporar un astfel de serviciu către unitatea administrativ-teritorială sau către instituțiile și serviciile publice de interes local sau județean, după

caz, indiferent de forma de finanțare (art. 105 din O.U.G. nr. 46/2013). Această prevedere legală ridică cel puțin două probleme, și anume dacă un astfel de furnizor poate sista, cu titlu definitiv, prestațiile la care, prin contracte speciale, s-a obligat față de unitatea administrativ-teritorială ajunsă în stare de insolvență și dacă un atare furnizor are obligația de a continua furnizarea prestațiilor la care s-a îndatorat chiar și în condițiile în care unitatea administrativ-teritorială în cauză a acumulat datorii față de acest furnizor ori acumulează astfel de datorii după deschiderea procedurii insolvenței. Din punctul nostru de vedere, răspunsul la cele două întrebări ar fi următorul: niciun furnizor de utilități nu poate sista prestațiile la care s-a îndatorat față de unitatea administrativ-teritorială *anterior* momentului de la care aceasta a intrat în stare de insolvență, dacă respectivele prestații intră în sfera serviciilor esențiale de care comunitatea locală beneficiază, și nici nu se poate pune problema unei sistări a acestor prestații, chiar dacă respectivul furnizor nu este plătit ori i se plătește ceea ce i se datorează cu întârziere; de altfel, utilitățile care îmbracă forma unor servicii comunitare de utilități publice sunt gestionate fie în sistem asumat (direct de către o regie aflată în subordinea autorității publice locale deliberative, constituită la nivelul unității administrativ-teritoriale ajunse în stare de insolvență), fie în sistem delegat (cu concursul unor subiecte de drept privat cu care unitatea administrativ-teritorială încheie așa-numite contracte de delegare a gestiunii unor servicii comunitare de utilități publice, în baza Legii nr. 51/2006^[1]); în oricare situație s-ar găsi, un astfel de serviciu comunitar de utilități publice *nu poate fi sistat* – nici chiar în cazul unei unități administrativ-teritoriale ajunse în stare de insolvență –, însă *poate fi redimensionat*, astfel încât cheltuielile cu menținerea lui la un nivel care să nu pericliteze securitatea sanitară a comunității locale să scadă în mod corespunzător, în interesul reechilibrării financiare a aceleiași unități administrativ-teritoriale;

e) administratorul judiciar are rolul de a organiza „procedura de lichidare a activelor aparținând domeniului privat al unității administrativ-teritoriale, așa cum este prevăzut în planul de redresare” (art. 106 din O.U.G. nr. 46/2013);

f) fondurile obținute prin vânzarea bunurilor aflate în domeniul privat al unității administrativ-teritoriale, grevate, în favoarea creditorului, de ipotecă, gajuri sau alte garanții reale mobiliare sau drepturi de retenție de orice fel, sunt distribuite pentru achitarea:

- impozitelor, taxelor și a altor costuri asociate vânzării bunurilor respective, inclusiv a cheltuielilor necesare pentru păstrarea și gestionarea acestor bunuri, precum și pentru plata salariilor angajaților;

- creanțelor garantate ale creditorilor, inclusiv sumele împrumutate, dobânzile, ratele modificate și orice tip de penalități, precum și a altor cheltuieli asociate [art. 107 alin. (1) din O.U.G. nr. 46/2013];

g) în cazul în care „sumele rezultate din vânzarea acestor bunuri au fost insuficiente pentru plata integrală a respectivelor creanțe garantate, creditorii beneficiază, pentru suma rămasă neplătită, de creanțe chirografare, potrivit ordinii de preferință corespunzătoare categoriei și naturii acestora” [art. 107 alin. (2) din O.U.G. nr. 46/2013];

h) *creditorul cu creanță garantată* este îndreptățit „să participe la orice distribuire de sumă făcută înaintea vânzării bunului supus garanției lui. Sumele primite din acest fel de distribuiri vor fi scăzute din cele pe care creditorul ar fi îndreptățit să le primească ulterior din prețul obținut prin vânzarea bunului supus garanției sale, dacă aceasta este necesară pentru a împiedica un astfel de creditor să primească mai mult decât ar fi primit

^[1] Legea serviciilor comunitare de utilități publice nr. 51/2006 a fost republicată în M. Of. nr. 121 din 5 martie 2013.

dacă bunul supus garanției sale ar fi fost vândut anterior distribuirii” [art. 107 alin. (3) din O.U.G. nr. 46/2013];

i) în sfârșit, *creanțele negarantate* sunt plătite în ordinea stabilită de art. 159 din Codul insolvenței.

Secțiunea a 11-a. Rolul adunării creditorilor și al comitetului creditorilor în cadrul procedurii insolvenței unităților administrativ-teritoriale

§1. Adunarea creditorilor

25. Un rol important în derularea procedurii insolvenței unei unități administrativ-teritoriale îl joacă adunarea creditorilor și comitetul creditorilor.

Conform art. 25 din O.U.G. nr. 46/2013:

„(1) Adunarea creditorilor este convocată prin notificare și prezidată de administratorul judiciar dacă prezenta ordonanță de urgență sau judecătorul-sindic nu dispune altfel. Secretariatul ședințelor adunărilor creditorilor este în sarcina administratorului judiciar.

(2) Creditorii menționați în lista depusă de unitatea administrativ-teritorială, potrivit prevederilor art. 55 lit. c) sunt convocați de administratorul judiciar în cazurile prevăzute expres de prezenta ordonanță de urgență și ori de câte ori este necesar.

(3) Adunarea creditorilor poate fi convocată și de comitetul creditorilor sau la cererea creditorilor deținând creanțe în valoare de cel puțin 30% din valoarea totală a acestora”.

Potrivit art. 26 din aceeași ordonanță, „convocarea adunării creditorilor trebuie să cuprindă ordinea de zi a ședinței. Orice deliberare asupra unei chestiuni necuprinse în convocare este nulă, cu excepția cazului în care la ședință participă titularii tuturor creanțelor”. Mai apoi, art. 27 adaugă următoarele: „Creditorii pot fi reprezentați în adunare prin împuterniciți cu procură specială autentică sau în cazul creditorilor bugetari și al celorlalte persoane juridice, cu delegație semnată de conducătorul unității”. În situația în care „legea nu interzice în mod expres, creditorii pot vota și prin corespondență. Scrisoarea prin care se exprimă votul este semnată de creditor. Scrisoarea legalizată de notarul public ori certificată și atestată de către un avocat sau înscrisul în format electronic, căruia i s-a încorporat, atașat ori asociat semnătura electronică extinsă, bazată pe un certificat calificat valabil se comunică prin orice mijloace și este înregistrată la administratorul judiciar, cu cel puțin 5 zile înainte de data fixată pentru exprimarea votului”^[1].

În virtutea art. 29 din O.U.G. nr. 46/2013, „la ședințele adunării creditorilor pot participa unul sau 2 reprezentanți ai salariaților autorității administrației publice locale, care votează în ceea ce privește creanțele reprezentând salariile și alte drepturi bănești cuvenite acestora”.

Procesul-verbal al adunării creditorilor este semnat de președintele de ședință și include un rezumat al tuturor dezbaterilor, votul creditorilor pentru fiecare element și deciziile aprobate^[2].

26. Una dintre prerogativele de maximă importanță pe care legea o recunoaște adunării creditorilor se referă la posibilitatea *de a examina* situațiile financiare ale unității

^[1] Potrivit art. 28 din O.U.G. nr. 46/2013.

^[2] Conform art. 30 din O.U.G. nr. 43/2006.

administrativ-teritoriale, rapoartele redactate de comitetul creditorilor, măsurile luate de administratorul judiciar și impactul acestora, putând *propune și alte măsuri* decât cele propuse de administratorul judiciar sau de către comitetul creditorilor^[1].

27. Mai puțin în situațiile în care legea cere în mod expres o majoritate specială, ședințele adunării creditorilor se organizează în prezența deținătorilor de creanțe care reprezintă *cel puțin 30% din valoarea totală a creanțelor* creditorilor, iar deciziile aprobate de adunarea creditorilor sunt adoptate *prin votul majorității*, din punct de vedere al valorii creanțelor prezente^[2].

§2. Comitetul creditorilor

28. Potrivit art. 33 din O.U.G. nr. 46/2013, „la prima ședință a adunării creditorilor, aceasta poate numi un comitet al creditorilor, format din 3-7 creditor, desemnați dintre creditorii ce dețin creanțe garantate sau chirografare”. La rândul său, conform art. 34 din aceeași ordonanță:

„(1) Comitetul creditorilor are următoarele atribuții:

a) să analizeze situația unității administrativ-teritoriale și să facă recomandări Adunării creditorilor cu privire la planul de redresare;

b) să ia la cunoștință de rapoartele întocmite de administratorul judiciar să le analizeze și, dacă este cazul, să facă contestații la acestea;

c) să întocmească rapoarte, pe care să le prezinte adunării creditorilor, privind măsurile luate de administratorul judiciar și efectele acestora și să propună, motivat, și alte măsuri;

d) să solicite administratorului judiciar, în temeiul art. 75 alin. (11) și (13) din Legea nr. 273/2006, cu modificările și completările ulterioare, suspendarea atribuțiilor de ordonator principal de credite al unității administrativ-teritoriale;

e) să introducă acțiuni pentru anularea unor transferuri cu caracter patrimonial, făcute de unitatea administrativ-teritorială în dauna creditorilor, atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de administratorul judiciar.

(2) Comitetul creditorilor se întrunește lunar, prin convocarea administratorului judiciar sau la cererea a cel puțin 2 dintre membrii săi, ori de câte ori este necesar.

(3) Deliberările comitetului creditorilor au loc în prezența administratorului judiciar și sunt consemnate într-un proces-verbal, care redă pe scurt conținutul deliberărilor, precum și hotărârile luate.

(4) Deciziile comitetului creditorilor se iau cu majoritatea simplă din totalul numărului de membri ai acestuia.

(5) Dacă un membru al comitetului creditorilor se află, datorită interesului propriu, în conflict de interese cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se abține de la vot.

(6) În cazul în care soluția adoptată de comitetul creditorilor nu răspunde intereselor acestora, orice creditor poate formula contestație împotriva acțiunilor, măsurilor sau deciziilor luate de comitetul creditorilor la adunarea creditorilor, în termen de 10 zile calendaristice de la adoptare, după ce, în prealabil, a sesizat comitetul creditorilor cu privire la măsurile contestate”.

^[1] Potrivit art. 31 din O.U.G. nr. 43/2006.

^[2] Conform art. 32 din O.U.G. nr. 46/2013.

În lumina dispozițiilor mai sus citate, putem observa următoarele:

– legiuitorul a optat pentru instituționalizarea unei structuri funcționale – comitetul creditorilor – care, prin dimensiune, se dovedește a fi *un veritabil organ operativ*, pus la dispoziția creditorilor și, respectiv, la dispoziția apărării drepturilor lor în cadrul unei proceduri de insolvență deschise la adresa unei unități administrativ-teritoriale;

– acest comitet al creditorilor nu are caracterul unei structuri decizionale, ci doar pe aceea a unei *structuri consultative*, căci nu are competența de a lua decizii în cadrul procedurii de insolvență; el *poate doar formula propuneri și promova sesizări* (plângeri, contestații ori acțiuni judiciare în anulare) fie la adunarea creditorilor, fie la judecătorul-sindic.

Secțiunea a 12-a. Închiderea procedurii insolvenței unităților administrativ-teritoriale

29. Conform art. 109 alin. (1) din O.U.G. nr. 46/2013, „în cazul în care nu mai sunt îndeplinite condițiile stării de insolvență a unității administrativ-teritoriale, judecătorul-sindic pronunță o hotărâre de închidere a procedurii, chiar dacă nu au fost stinse toate creanțele cuprinse în planul de redresare. Restul creanțelor nestinse în procedura de insolvență vor fi cuprinse în planul de redresare a stării de criză financiară”. La rândul său, art. 75 alin. (15) din Legea nr. 273/2006 stabilește că, „în cazul în care nu mai sunt îndeplinite condițiile stării de insolvență a unității administrativ-teritoriale, judecătorul-sindic pronunță o sentință de închidere a procedurii, chiar dacă nu au fost stinse toate creanțele cuprinse în planul de redresare a stării de insolvență. Restul creanțelor nestinse în procedura de insolvență vor fi cuprinse în planul de redresare a stării de criză financiară. Sentința de închidere a procedurii este notificată de administratorul judiciar direcției generale a finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București, după caz, pentru efectuarea mențiunii în registrul local al situațiilor de insolvență a unităților administrativ-teritoriale”. În sfârșit, art. 109 alin. (2) din O.U.G. nr. 46/2013 stabilește că hotărârea de închidere a procedurii de insolvență a unității administrativ-teritoriale se afișează și la sediul tribunalului care a gestionat (din perspectivă judiciară) această procedură.

Textele mai sus evocate transmit o idee care este și rămâne caracterizantă pentru procedurile reglementate prin Legea nr. 273/2006 și, respectiv, prin O.U.G. nr. 46/2013, și anume că, în cazul unităților administrativ-teritoriale, *starea de insolvență se impune fi instituită imediat ce condițiile stării de criză financiară s-au agravat* [în sensul arătat de art. 75 alin. (1) lit. a) sau b) din Legea nr. 273/2006], iar *părăsirea stării de insolvență urmează a se face imediat ce condițiile pentru care aceasta a fost anterior instituită s-au ameliorat, iar unitatea administrativ-teritorială poate fi readusă în stare de criză financiară*.

Prin urmare, în cazul unității administrativ-teritoriale, starea de criză financiară poate preceda starea de insolvență, iar revenirea la starea de normalitate poate fi precedată de trecerea de la insolvență la starea de criză financiară.

30. Prin închiderea procedurii insolvenței unei unități administrativ-teritoriale, judecătorul-sindic, administratorul judiciar și toate persoanele implicate *sunt eliberate de orice sarcină sau responsabilitate* care vizează procedura, unitatea administrativ-teritorială și patrimoniul acesteia, creditorii și titularii de garanții.

Potrivit art. 75 alin. (16), (17), (18) și (19) din Legea nr. 273/2006:

„(16) Prin închiderea procedurii insolvenței, administratorul este descărcat de orice îndatoriri sau responsabilități cu privire la aplicarea procedurii față de ordonatorul principal de credite, față de patrimoniul unității administrativ-teritoriale, precum și față de creditori. În termen de 30 de zile de la notificarea prevăzută la alin. (15), între administrator și ordonatorul principal de credite se încheie un proces-verbal de predare-primire cu privire la operațiunile derulate în timpul procedurii insolvenței.

(17) *Unitatea administrativ-teritorială revine la statutul de criză financiară (s.n.)*, iar ordonatorul principal de credite și consiliul local își reiau atribuțiile și vor proceda conform art. 74 la aplicarea întocmai a planului de redresare financiară pentru ieșirea unității administrativ-teritoriale din criza financiară.

(18) Cheltuielile ocazionate cu plata indemnizației administratorului și îndeplinirea procedurii de redresare a insolvenței reprezintă cheltuieli ale unității administrativ-teritoriale și se suportă din bugetul acesteia.

(19) Situația de deschidere a procedurii de insolvență, respectiv de închidere a acesteia, se înregistrează în termen de 5 zile de la declararea situației de insolvență, respectiv de la notificarea hotărârii judecătorești de închidere a procedurii de către ordonatorul principal de credite, în registrul local al situațiilor de insolvență a unităților administrativ-teritoriale, care este gestionat de direcțiile generale ale finanțelor publice județene, respectiv a municipiului București. Acestea vor comunica lunar situațiile de deschidere sau de închidere a procedurilor de insolvență înregistrate Ministerului Finanțelor Publice, pentru a fi înregistrate în registrul național al situațiilor de insolvență a unităților administrativ-teritoriale”.

31. Articolul 97 din O.U.G. nr. 46/2013 are următorul conținut:

„(1) În cazul în care creanțele cuprinse în tabloul definitiv de creanțe au fost stinse integral, ordonatorul principal de credite și administratorul propun judecătorului-sindic încheierea procedurii de insolvență a unității administrativ-teritoriale.

(2) Dacă planul de achitare a debitelor către creditori stipulează rambursarea a mai puțin de 100% din datorii, administratorul judiciar se asigură că sunt îndeplinite următoarele condiții:

- a) unitatea administrativ-teritorială respectă prevederile din planul de redresare;
- b) unitatea administrativ-teritorială a luat toate măsurile necesare pentru maximizarea veniturilor și reducerea cheltuielilor și încă nu poate să respecte toate obligațiile financiare;
- c) toate bunurile din domeniul privat al unității administrativ-teritoriale care nu sunt necesare pentru furnizarea serviciilor publice esențiale au fost vândute, concesionate, închiriate, lichidate, iar serviciile și activitățile conexe, altele decât cele determinate ca fiind servicii publice esențiale, au fost desființate/sistate pentru a ajuta la îndeplinirea cererilor creditorilor;
- d) au fost întreprinse toate măsurile pentru reorganizarea compartimentelor din structura aparatului de specialitate al primarului sau consiliului județean, după caz, și din instituțiile sau serviciile publice de interes local sau județean, după caz, finanțate integral sau parțial prin subvenții de la bugetul local”.

Textul întărește cele mai sus arătate și vine în sprijinul filozofiei raportului dintre starea de criză financiară și starea de insolvență în care, la un moment dat, poate ajunge o unitate administrativ-teritorială.

În principiu, rolul/justificarea deschiderii stării de insolvență la adresa unei unități administrativ-teritoriale și, respectiv, menținerea ei sunt motivate de crearea cadrului

juridico-instituțional de instituire a unor măsuri de echilibrare bugetară, prin scăderea (stingerea) creanțelor a căror scadență este mai veche de 120 de zile și a căror valoare însumată depășește 50% din bugetul general al respectivei unități. Imediat însă ce condițiile art. 75 alin. (1) lit. a) sau b) din Legea nr. 273/2006 nu mai sunt întrunite, se impune, de îndată, *revenirea la starea de criză financiară*, având în vedere următoarele:

- starea de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale este *excepțională*, a cărei instituire și, mai apoi, menținere reprezintă situații de excepție, ce trebuie depășite, respectiv din care se impune a ieși imediat ce circumstanțele care au justificat recursul la ea nu mai subzistă;

- numai în stare de insolvență, nu și în stare de criză financiară, poate avea loc preluarea de către administratorul judiciar a prerogativelor cu implicații financiare ale primarului sau, după caz, ale președintelui consiliului județean, autorități care au calitatea de ordonatori principali de credite la nivelul unităților administrativ-teritoriale pe care le conduc;

- rațiuni ce țin de exercițiul suveranității populare la nivel local și de realizarea autonomiei locale la nivelul unităților administrativ-teritoriale prin organele reprezentative alese prin mijloace consacrate constituțional reclamă ca starea de insolvență să fie părăsită imediat ce condițiile care au reclamat instituirea ei dispar.

Secțiunea a 13-a. Destinul juridic al actelor cu caracter fraudulos încheiate de o unitate administrativ-teritorială ajunsă în stare de insolvență și răspunderea patrimonială a persoanelor fizice care se fac vinovate de intrarea unității administrativ-teritoriale în stare de insolvență

32. Potrivit art. 73 din O.U.G. nr. 46/2013, „administratorul judiciar și comitetul creditorilor pot introduce acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de ordonatorul principal de credite, de împuterniciții acestuia sau de autoritățile deliberative, în numele unității administrativ-teritoriale în dauna drepturilor creditorilor sau cu nerespectarea prevederilor legale în cele 120 de zile anterioare introducerii cererii de deschidere a procedurii de insolvență”.

La rândul său, art. 74 adaugă precizator următoarele:

„Actele frauduloase, prevăzute la art. 73, pot fi anulate dacă:

- a) se constituie ori se perfectează o garanție reală pentru o creanță care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare introducerii cererii de deschidere a procedurii de insolvență;

- b) se efectuează plăți anticipate ale obligațiilor de plată ale unității administrativ-teritoriale, în perioada celor 120 de zile anterioare introducerii cererii de deschidere a procedurii de insolvență, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii”.

Apoi, art. 75 din același act normativ stabilește faptul că „acțiunea pentru anularea unui transfer patrimonial poate fi introdusă de administratorul judiciar și/sau de comitetul creditorilor în termen de un an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art. 39 lit. a), dar nu mai târziu de 18 luni de la deschiderea procedurii”. În sfârșit, art. 76 stabilește faptul că, „prin excepție de la prevederile art. 73 și 74,

nu se poate cere anularea unui transfer patrimonial efectuat de unitatea administrativ-teritorială ca parte a activităților curente”.

Dispozițiile mai sus citate ne îndrituiesc la a face câteva *observații*:

a) în promovarea unei acțiuni în anularea actelor pretins frauduloase încheiate de unitatea administrativ-teritorială, în condițiile normative mai sus descrise, au *calitate procesuală activă* numai administratorul judiciar și comitetul creditorilor;

b) *actele care pot fi atacate* pot îmbrăca fie forma actelor unilaterale, fie pe aceea a contractelor (civile, administrative sau de muncă), legea nefăcând niciun fel de distincție în această privință;

c) în categoria actelor pretins frauduloase intră numai actele încheiate *în numele unității administrativ-teritoriale* de către ordonatorul principal de credite, autoritatea deliberativă sau împuterniciții acestor organe ale administrației publice, *nu* și actele încheiate în numele regiilor autonome, societăților ori serviciilor (cu personalitate juridică) care funcționează în subordinea primarului/președintelui consiliului județean sau a consiliului local/județean;

d) art. 74 din O.U.G. nr. 46/2013 instituie o *prezumție a caracterului fraudulos al actului* a cărui anulare poate fi cerută în condițiile art. 73 din același act normativ; practic, dreptul pozitiv stabilește limitativ, din punctul nostru de vedere, în ce condiții un act asumat de o unitate administrativ-teritorială poate fi anulat ca fraudulos; în nicio altă situație, un act al unității administrativ-teritoriale nu va putea fi anulat ca fraudulos;

e) art. 75 din O.U.G. nr. 46/2013 introduce două termene înălăuntrul cărora o acțiune în anularea actului pretins fraudulos al unității administrativ-teritoriale poate fi, cu succes, promovată; termenul de un an este, după părerea noastră, un *termen de prescripție*, în timp ce termenul de 18 luni este un *termen de decădere*;

f) probleme majore ridică conținutul art. 76 din O.U.G. nr. 46/2013; și aceasta, întrucât el nu explică ce anume ar trebui să înțelegem prin „transfer patrimonial efectuat de unitatea administrativ-teritorială ca parte a activităților curente”; credem că noțiunea de „*activitate curentă*” acoperă o multitudine de acțiuni strâns legate de contractele cu caracter obișnuit, în care unitatea administrativ-teritorială este implicată înainte de intrarea ei în stare de insolvență; avem în vedere, spre pildă, contractele de furnizare de utilități (apă, canal, energie, agent termic), fără însă a le alătura acestora contractele de muncă (sau asimilate), a căror soartă va fi decisă de administratorul judiciar, după intrarea în stare de insolvență a unității administrativ-teritoriale. Plecând de la o atare premisă, ajungem la concluzia că un „*transfer patrimonial efectuat de unitatea administrativ-teritorială ca parte a activităților curente*” poate îmbrăca forma unor plăți aferente acestor contracte de furnizare, dar și pe aceea a unor dări în plată, făcute în contul unor datorii pe care unitatea administrativ-teritorială le-a acumulat față de un terț și pe care, în felul acesta, a dorit să le stingă; afirmația poate părea surprinzătoare, însă ea se sprijină pe dispozițiile art. 76 din O.U.G. nr. 46/2013 mai sus citate. Dacă însă transferul a fost făcut în mod vădit în fraudă unor alți creditori, calea acțiunii în anularea lui rămâne deschisă; numai că, într-o astfel de particulară ipoteză, prezumția caracterului fraudulos nu mai operează, astfel că cel interesat are obligația de a dovedi acest caracter în privința actului de transfer.

33. Articolul 110 din O.U.G. nr. 46/2013 are următorul conținut:

„(1) La cererea administratorului judiciar, judecătorul-sindic poate dispune ca o parte a pasivului unității administrativ-teritoriale, ajunsă în stare de insolvență, să fie suportată de către persoanele cu atribuții de administrare a patrimoniului unității administrativ-

teritoriale, care au contribuit la intrarea unității administrativ-teritoriale în această situație, prin una dintre următoarele fapte:

- a) folosirea bunurilor sau creditelor unității administrativ-teritoriale în scop personal, colectiv sau în beneficiul altei persoane;
- b) au dispus, în interes personal, colectiv sau în beneficiul altei persoane, continuarea unei activități care determina intrarea în starea de insolvență a unității administrativ-teritoriale;
- c) utilizarea de falsuri contabile, declararea dispariției unor documente contabile sau nerespectarea legislației în vigoare la completarea registrelor contabile;
- d) abuzul sau ascunderea unor activități ale unității administrativ-teritoriale sau creșterea fictivă a acestor activități;
- e) utilizarea de mijloace ilicite pentru obținerea de fonduri pentru unitatea administrativ-teritorială, în vederea amânării suspendării plăților;
- f) au efectuat plata unor datorii către un anumit creditor, în detrimentul altor creditori, în decurs de 120 de zile, anterior introducerii cererii de deschidere a procedurii de insolvență.

(2) Aplicarea prevederilor alin. (1) nu exclude răspunderea penală sau contravențională pentru faptele ce constituie infracțiuni, respectiv contravenții”.

Acest text legal reglementează *răspunderea patrimonială a celor care se fac vinovați de determinarea și/sau agravarea stării de insolvență a unei unități administrativ-teritoriale*. Din punctul nostru de vedere, o astfel de răspundere este intim legată de ideea de *intenție* a celor care, eventual, se fac vinovați de determinarea gravului dezechilibru bugetar în care ajunge, la un moment dat, o unitate administrativ-teritorială. O astfel de intenție frauduloasă nu se poate prezuma, ea *trebuie dovedită* și se impune a fi pusă în legătură cu determinarea sau agravarea stării de insolvență în care ajunge o unitate administrativ-teritorială.

În sfârșit, în condițiile art. 110 din O.U.G. nr. 46/2013, poate fi angajată numai răspunderea patrimonială pentru determinarea sau agravarea stării de insolvență în care ajunge, la un moment dat, o unitate administrativ-teritorială, *nu și pentru determinarea sau, după caz, agravarea, stării de criză financiară*.

CAPITOLUL XXII. INSOLVENȚA PERSOANEI FIZICE

Secțiunea 1. Evoluții istorice

1. Legislația românească a anilor 1800, referindu-se la starea de supraîndatorare a persoanei fizice, folosea termenii arhaici *mofluz* și *deconfitură*. Astfel, *Codicele lui Ioan Caragea* cuprindea, la 1816, o „dispozițiune relativă la falimente. Se înmulțiseră falimentele frauduloase într-un mod care amenința piața și îngreua relațiunile țerii cu străinătatea. Ioan Caragea, desigur provocat de legiștii țerii, instituî la 23 Maiu 1816, o comisie (...) cu îndatorirea ca ei să cerceteze (...) din ce pricină și ce pagubă mare au cercat de *au mofluzit* individul, care prin jalbă la Vodă se declară falit? Cu acest mijloc Caragea crede că va împiedica falimente frauduloasele”^[1].

Termenul *mofluz* este folosit atât pentru comerciantul în stare de insolvență, cât și pentru necomerciant și în *Codul Calimachi* de la 1816, cod care a rămas în vigoare până în 1864.

În Codul civil al lui Alexandru Ioan Cuza din 1864, termenul *deconfitură* apare în art. 1133, referitor la novația și delegația plății, iar din exprimarea folosită se înțelege că deconfitura privește necomerciantul, pe când falimentul privește comerciantul^[2].

Enciclopedia Română de la 1900 definește deconfitura (ital. *Sconfitta – învingere*) ca fiind „starea unei persoane care, nefiind comerciant, se află în neputință de a-și plăti datoriile. Debitorul în acea stare pierde beneficiul termenului (art. 1025 C. civ. 1864)”. Enciclopedia mai consemnează că „se întrebuințează în același sens cuvântul nesolvabilitate (art. 1323 C. civ. 1864): vëndatorul nu este dator să facă predarea, dacă cumperatorul a cadut în nesolvabilitate. Mandatul se stinge prin nesolvabilitatea mandantului sau a mandatarului”^[3].

Așadar, debitorului aflat în stare de deconfitură nu i se aplica un tratament diferit de cel aplicabil oricărui debitor: executarea silită a bunurilor sale mobile și imobile, legislația nepreocupându-se de soarta debitorului rămas fără mijloace de subsistență.

Aflându-se în stare de deconfitură, debitorii au apelat la metode disperate pentru a încerca să scape de datorii. De exemplu, un debitor și-a incendiat casa asigurată, sperând că va încasa asigurarea. Fapta lui a fost, însă, descoperită și debitorul a fost trimis în judecată pentru „crimă de incendiu”. Rechizitoriul de zece pagini semnat de C. Hamangiu și publicat în volumul „Rechizitorii” de către I. Jiteanu la Craiova, în 1908, demonstrează că disperarea de a fi insolubil l-a determinat pe debitor să incendieze, nu pentru prima oară, propria casă spre a încasa asigurarea.

Chiar dacă nu existau dispoziții exprese în acest sens în Codul civil, se admitea că judecătorul putea stabili insolvabilitatea debitorului fie pe calea unei acțiuni în constatare

^[1] V.A. Urechia, Justiția sub Ioan Caragea, Extras din Analele Academiei Române, Seria II, Tom XX, Memoriile secțiunii istorice, p. 144, <http://digitool.dc.bmms.ro>.

^[2] I.I. Alecsandru, Codicele civile, Edițiune Oficială, Imprimeria Statului, București, 1865, <http://digitool.dc.bmms.ro>.

^[3] C. Diaconovich, Enciclopedia Română, Sibiu, 1900, Editura și Tiparul lui W. Krafft, p. 123.

formulată de creditor, fie pe calea unei excepții^[1] (de nulitate sau de ineficiență a contractului, de decădere din beneficiul termenului etc.). Debitorul, însă, nu avea decât calea acceptării executării prin abandonarea tuturor bunurilor sale în mâinile creditorilor.

Codul comercial român din 1887, la fel ca și cel italian care l-a inspirat, se îndepărtează de tradiția dreptului roman și a vechiului drept italian și francez, instituind caracterul profesional al procedurii falimentului, reglementată în Cartea a III-a a codului. Textul expres al art. 695 prevedea că este în stare de faliment „comerciantul care a încetat plățile pentru datoriile sale comerciale”. Rezultă că procedura nu era aplicabilă necomercianților și nici comercianților pentru încetarea plății datoriilor civile.

Nici după 1989 nu a fost reglementată în România insolvența persoanei fizice. Nici Legea nr. 64/1995 și nici Legea nr. 85/2006 nu au cuprins reglementări privind insolvența persoanei fizice.

Cu toate că legislația modernă a insolvenței românești a evoluat și că prin Codul insolvenței a fost realizată o amplă codificare a legislației insolvenței și prevenirii insolvenței, rămâne, încă, *nereglementată* insolvența persoanei fizice. În Parlamentul României există în prezent mai multe inițiative legislative care privesc acest domeniu de maxim interes, opoziția băncilor și a organismelor financiare internaționale făcând ca niciuna dintre acestea să nu fi fost materializată deocamdată.

Secțiunea a 2-a. Tendințe actuale la nivel european

2. Legislația de la nivelul Uniunii Europene nu face diferență între comercianți și necomercianți în ceea ce privește aplicarea procedurii insolvenței. Astfel, *Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1346/2000 din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență stabilește*, în parag. (9), că nu ar trebui să existe un regim diferențiat între comercianți și necomercianți privind insolvența^[2].

Regulamentul recomandă, astfel, statelor membre semnatare să stabilească un tratament identic debitorilor în cadrul procedurii insolvenței, fără distincție între persoanele fizice sau juridice, comercianți sau necomercianți.

Este adevărat că Regulamentul nu încearcă să impună un sistem unic și comun de reguli aplicabile insolvenței în statele membre ale uniunii europene, ci stabilește *reguli de bază în procedurile transfrontaliere de insolvență*, însă apreciem că este imperios necesară adoptarea cât mai rapidă în România a unei reglementări a insolvenței particularilor, având în vedere recomandarea din Regulament, dificultățile practice întâmpinate ca urmare a aderării României la Uniunea Europeană, precum și faptul că România este printre puținele țări din Uniunea Europeană care nu are o reglementare în acest domeniu.

În acest sens, așa cum se reține într-un aviz al Consiliului Legislativ, înaintat Parlamentului României în legătură cu una dintre inițiativele legislative privind insolvența persoanelor fizice, „în lipsa unei astfel de reglementări exprese în dreptul intern, aplicabile insolvenței simplilor particulari, instanțele române ar putea acorda protecție acelor debitori care se află în stare de supraîndatorare sau de insolvabilitate prin două mecanis-

^[1] A.G. AtanasIU, A.S. Rățoi, Despre tratamentul supraîndatorării simplilor particulari. Deconfitura vs. insolvența, în R.R.D.A. nr. 7/2007, p. 58-94.

^[2] Paragraful (9) al Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 prevede că: „Prezentul regulament ar trebui să se aplice procedurile de insolvență, indiferent dacă debitorul este o persoană fizică sau o persoană juridică, un comerciant sau o persoană particulară”.

me: fie prin aplicarea directă în dreptul intern a pct. 9 al preambulului din Regulamentul (CE) nr. 1346/2000, fie prin aplicarea prin analogie a legislației profesioniștilor”^[1].

Instanțele de judecată din România au respins însă ca *inadmisibile* asemenea cereri, pe motiv că nu există drept pozitiv, că legea română nu are reglementare în acest domeniu^[2].

În prezent se discută în cadrul unui grup de lucru constituit la nivelul Consiliului Uniunii Europene „Propunerea de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului privind procedurile de insolvență”^[3].

În parag. (3) al preambulului documentului se arată că: „Regulamentul ar trebui să includă, de asemenea, acele proceduri de descărcare de datorie vizând consumatorii și persoanele ce desfășoară o activitate independentă care nu îndeplinesc criteriile din actualul instrument”^[4].

Așadar, propunerea extinde domeniul de aplicare al Regulamentului prin revizuirea definiției procedurilor de insolvență, pentru a include procedurile hibride și procedurile de pre-insolvență, precum și procedurile de descărcare de datorie și alte proceduri de insolvență pentru persoanele fizice care, în prezent, nu se încadrează în definiție. Este adevărat că propunerea nu prevede modificarea mecanismului existent, conform căruia procedurile naționale de insolvență care fac obiectul Regulamentului sunt enumerate în anexa A (pentru România este inclusă în anexă numai procedura prevăzută de Legea nr. 85/2006), iar statele membre decid notificarea procedurilor de insolvență în scopul includerii în anexa respectivă.

Însă este la fel de adevărat că foarte multe alte state care, între timp, au adoptat proceduri de descărcare de datorie și alte proceduri de insolvență pentru persoanele fizice le vor include în Anexa A, situație în care sistemul judiciar român va fi și mai descoperit, deoarece, prin includerea în anexă, va fi obligatorie recunoașterea, în România, a hotărârilor pronunțate în tot mai multe state membre, în timp ce hotărârile instanțelor române nu vor fi recunoscute. Aceasta va da naștere unor situații ce pot deveni grave, debitorii vor fi nevoiți să își mute centrul intereselor principale în state care recunosc starea de insolvență a persoanei fizice pentru a se pune sub protecție într-o asemenea situație, statul va pierde contribuabili, adică taxe și impozite, creditorii vor pierde posibilitatea de urmărire transfrontalieră a debitorilor lor. Pentru creditorii cu creanțe negarantate ar putea deveni mai ieftin să nu participe deloc la procedurile de faliment, mai degrabă decât să cheltuiască bani pe servicii juridice cu așteptări puține de a le mai fi satisfăcute creanțele.

[1] www.senat.ro/Legis/PDF%5C2014%5C14L370LG.

[2] De exemplu, Trib. București, sent. nr. 2616/2012, confirmată de C.A. București, dec. nr. 1412/2012.

[3] Propunerea de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului de modificare a Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului privind procedurile de insolvență este publicată, în limba română, la <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ>.

[4] Se propune, astfel, introducerea considerentului 9a în Regulament, cu următorul cuprins: „(9a) Domeniul de aplicare al prezentului regulament ar trebui extins la procedurile care promovează salvarea unui debitor viabil din punct de vedere economic pentru a ajuta întreprinderile solide să supraviețuiască și pentru a acorda o nouă șansă antreprenorilor. Domeniul de aplicare ar trebui, în special, să cuprindă și procedurile care prevăd restructurarea unui debitor într-o etapă de pre-insolvență sau care mențin echipa de conducere existentă, precum și acele proceduri de descărcare de datorie vizând consumatorii și persoanele care desfășoară o activitate independentă”.

3. Alt document european important în materie este *Recomandarea CM/Rec (2007)8 a Comitetului Miniștrilor către statele membre referitoare la soluțiile legale pentru problemele legate de datorii*^[1] care, deși nu are forță obligatorie a regulamentelor, nu poate fi ignorată în ordinea juridică europeană, iar legiuitorul român ar trebui să țină seama de conținutul ei la proiectarea legii insolvenței persoanelor fizice.

După ce analizează problema persoanelor fizice supraîndatorate, Recomandarea concluzionează că „persoanele fizice supraîndatorate și familiile lor ar trebui să aibă acces efectiv la consiliere imparțială și proceduri de ajustare a datoriei, pentru care ar trebui să fie stabilite criterii clare” (parag. 31) și că „o procedură de ajustare a datoriei duce la adoptarea unui plan de plată, care trebuie să conțină suma pe care debitorul este obligat să o plătească periodic creditorilor, precum și termenul rezonabil în care aceste plăți ar trebui să fie finalizate” (parag. 32).

Secțiunea a 3-a. Aspecte de drept comparat

4. Pe plan internațional sunt recunoscute două modele principale de insolvență a persoanei fizice: modelul anglo-american, numit *fresh start* (aproape oricine poate intra în faliment, procedura de lichidare este simplă) și versiunea continental-europeană, cunoscută sub denumirea de *fresh start meritat* (falimentul și, respectiv, descărcarea de datorie sunt posibile numai pentru debitorii cinstiți, dar care s-au aflat în imposibilitatea obiectivă de a face față datoriilor). Legislația modernă a insolvenței se bazează pe remodelarea structurii financiare și organizatorice a debitorilor care se confruntă cu dificultăți financiare, astfel încât să permită „reabilitarea”^[2] și continuarea activității lor.

În doctrină^[3] se susține, referitor la persoanele fizice, că nu este suficient să fie anulate datoriile după o anumită perioadă de timp, ci este important să se evalueze problemele fundamentale ale acestora pentru a minimiza riscul ca dificultățile financiare să reapară. A fost subliniat faptul că trebuie, în egală măsură, oferită consiliere cu privire la gestionarea datoriilor, o perioadă de „reabilitare” supravegheată, educație financiară și ajutor social pentru ca persoana fizică aflată în situație de dificultate financiară să găsească surse de venit și să își gestioneze mai bine cheltuielile de uz casnic în perioada de „reabilitare”.

§1. Legislația americană

5. În SUA, unul dintre scopurile procedurii este reabilitarea debitorului prin descărcarea de datorii a acestuia, permițându-i un nou început în relațiile economice. Reforma Legii falimentului a fost adoptată în 1978 și a intrat în vigoare la 1 octombrie 1979. Acest act, care continuă și în prezent să servească drept lege federală a falimentului, a modernizat în mod substanțial materia. A fost introdus Capitolul 11 referitor la reorganizare (acesta înlocuiește vechile capitole X, XI și XII din Legea din 1898, modificată prin Legea *Chandler*). În mod similar, Capitolul 13, referitor la falimentul personal, a înlocuit vechiul

^[1] Recomandarea CM/Rec(2007)8 a Comitetului Miniștrilor către statele membre referitoare la soluțiile legale pentru problemele legate de datorii, <https://wcd.coe.int>.

^[2] Termenul nu este folosit în sens juridic, de a reintegra pe cineva în drepturile pierdute (în urma unei condamnări sau a unei bănueli false), ci în sens de restabilire a prestigiului știrbit.

^[3] U. Reifner, J. Kiesilainen, N. Huls, H. Springeneer, Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union, 2003, Raport final, www.iacław.org.

Capitol XIII. În general, Legea din 1978 a simplificat procedura falimentului, dar și a reorganizării, atât pentru întreprinderi, cât și pentru persoanele fizice.

În anii 1980 normele referitoare la faliment au cunoscut o serie de alte evoluții notabile. În 1986 a fost introdus Capitolul 12, pentru ajustarea datoriilor familiilor de agricultori sau de pescari. Potrivit Biroului Administrativ al instanțelor SUA, Congresul a instituit Capitolul 12 „special pentru a satisface nevoile familiilor de fermieri aflate în dificultate financiară. Scopul principal al acestei legi a fost de a oferi familiilor de agricultori, care se confruntă cu falimentul, o șansă de a-și plăti datoriile și de a-și păstra fermele”.

În timpul anilor 1980 și începutul anilor 1990, la instanțele americane au fost înregistrate un număr record de falimente, de toate tipurile. Multe companii renumite au depus cereri pentru intrare în faliment, în primul rând în temeiul Capitolului 11 – pentru reorganizare. Mai multe dintre marile dosare, de pildă *Maxwell Communication*^[1] și *Olympia & York*^[2], au avut o complexitate sporită datorită aplicării normelor de insolvență transfrontalieră. Aceste falimente au creat provocări noi pentru sistemul jurisprudențial al Curții Supreme a SUA.

La 22 octombrie 1994, a fost promulgată o nouă lege de modificare a Legii falimentului^[3], care conține mai multe prevederi atât pentru falimentul persoanei juridice, cât și pentru cel al consumatorilor, inclusiv accelerarea procedurii falimentului, în vederea încurajării debitorilor individuali să utilizeze Capitolul 13 – reșalonarea datoriilor și mai puțin Capitolul 7 – lichidarea, pentru protejarea mai eficientă a creditorilor cu creanțe garantate^[4].

La 19 aprilie 2005 a fost promulgată și Legea pentru prevenirea abuzului de faliment și a protecției consumatorilor (în continuare BAPCPA) din 2005^[5]. Departamentul de Justiție al SUA afirma că BAPCPA „deschide o nouă eră în istoria legislației și jurisprudenței falimentului”^[6]. BAPCPA a intrat în vigoare la 17 octombrie 2005, după aproape opt ani de dezbateri în Congresul SUA cu privire la viitorul legislației falimentului. Noua legislație a modificat în mod substanțial Codul insolvenței și afectează în primul rând falimentul consumatorilor, în sensul că face mult mai dificilă pentru o persoană fizică, în calitatea sa de consumator, admisibilitatea unei cereri în temeiul Capitolului 7 din Legea falimentului. De asemenea, BAPCPA se răsfânge și asupra cererilor persoanelor juridice comercianți, cu cel mai puternic impact asupra micilor întreprinzători (cei cu debite mai mici de 2 milioane dolari). Concret, BAPCPA prevede un test inițial pentru a se determina dacă depunerea cererii se va face în conformitate cu Capitolul 7 sau Capitolul 13. De asemenea, BAPCPA obligă debitorii care au depus cereri în baza acestei legi să se supună unei proceduri de consiliere de credit și, în plus, să participe la un program de educație personală de management financiar.

^[1] *Maxwell Communication*, lider britanic în media, având 80% dintre active în SUA (inclusiv editurile *Mac-Millan inc.* și jumătate din *Macmillan/McGraw-Hill School Publishing*), dar și datorii în valoare de 1,3-1,4 miliarde de dolari la 43 de bănci, și-a declarat insolvența în SUA și a cerut, concomitent, la Londra, la 18 decembrie 1991, reorganizarea, în încercarea de a evita vânzarea separată a diviziilor sale de către băncile americane.

^[2] *Olympia & York* a fost un important dezvoltator imobiliar internațional cu sediul în Canada. Firma a construit importante obiective imobiliare precum *Canary Wharf* în Londra, *World Financial Center* în New York și *First Canadian Place* în Toronto. Deoarece proprietățile imobiliare din Londra și New York nu mai aduceau veniturile preconizate, pe fondul recesiunii economice, în luna mai 1992 compania a intrat în faliment în Canada și Marea Britanie, cu datorii de peste 20 de miliarde de dolari la diferite bănci și investitori.

^[3] Public Law 103-394, October 22, 1994.

^[4] I. Turcu, *Tratat de insolvență*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 9, subzol.

^[5] *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act*.

^[6] www.justice.gov/ust/ao/bapcpa.

§2. Legislația europeană

6. În *Regatul Unit al Marii Britanii și al Irlandei de Nord*, în componența căruia intră Anglia, Scoția, Țara Galilor și Irlanda de Nord, falimentul nu are o lege singulară. Există un sistem pentru Anglia și Țara Galilor, unul pentru Irlanda de Nord și unul pentru Scoția.

Falimentul în Anglia și Țara Galilor este reglementat de partea a IX-a din Legea privind insolvența din 1986^[1] și de Regulamentul privind insolvența din 1986. În toată legislația din Marea Britanie, termenul „faliment” (*bankruptcy*) se referă doar la insolvența persoanelor fizice. Alte proceduri, de exemplu lichidarea, se aplică numai persoanelor juridice insolabile.

Ca urmare a intrării în vigoare în aprilie 2004 a prevederilor privind falimentul din Enterprise Act din 2002, în mod normal o procedură de faliment în Anglia și Țara Galilor nu durează mai mult de 12 luni. Ca o alternativă la faliment, debitorul poate propune creditorilor săi un acord individual de voluntariat sau o cerere de reducere a datoriilor, în cazul datoriilor care nu depășesc un anumit prag.

Anglia și Țara Galilor au în prezent cele mai rapide procese de descărcare de datorie la nivel european în cazul debitorilor supraîndatorați. Deși sistemul este complex, cu șapte tipuri de aranjamente și proceduri care pot fi accesate, în funcție de tipul datoriei și situația debitorilor, în unele cazuri iertarea datoriilor ce nu pot fi acoperite vine într-un an, față de perioada de 3-5 ani din restul țărilor europene, scopul fiind acela ca debitorii să fie cât mai rapid reintegrați în circuitul economic și sunt făcute mari eforturi pentru a preveni supraîndatorarea prin reglementare, consiliere și educație.

În Irlanda de Nord a intrat în vigoare, în decembrie 2012, o nouă lege a insolvenței persoanei fizice^[2]. Aceasta a fost concepută ca o reformă a legislației anterioare. Astfel, legea continuă reforma Legii privind falimentul din 1988, reformă începută prin modificarea a diverse dispoziții din Legea civilă, în 2011.

Legea din 2012 introduce noi proceduri alternative, nejudiciare pentru debitorii persoane fizice, fiecare în condiții anume prevăzute, ca, de exemplu, avizul de reducere a datoriilor (pentru a permite ștergerea datoriei negarantate de până la 20.000 de euro după o perioadă de supraveghere de trei ani) și acordul de restituire a datoriei negarantate. Noua lege include introducerea prevederilor privitoare la descărcarea automată de datorie, în anumite condiții, după trei ani, în loc de 12 ani (cât era prevăzut în legislația anterioară). Conform legii din 2012 a fost înființat și un serviciu de insolvență care să opereze cu noile tipuri de acorduri de insolvență^[3].

Prima lege scoțiană a insolvenței a fost *Limited Partnerships Act* din 1907, care a fost înlocuită cu Legea insolvenței din 1985, amendată în 1993, la rândul său amendată prin Legea BAD^[4] din 1 aprilie 2008. Începând cu anul 2008, debitorul persoană fizică nu a mai fost nevoit să ajungă în fața instanței pentru a-și declara insolvența, deoarece procedura a devenit scrisă și un *accountant* în insolvență decide asupra cererii, cu condiția ca încetarea de plăți să privească un debit de cel puțin 1500 de lire. Dacă cererea este depusă de creditor, acesta trebuie să dovedească o creanță mai mare de 3000 de lire.

[1] Insolvency Act, www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45.

[2] Personal Insolvency Act, www.oireachtas.ie/documents/bills28/acts/2012.

[3] www.citizensinformation.ie/en/money_and_tax/personal_finance/debt/personal_insolvency/insolvency_service_of_ireland.

[4] Bankruptcy and Diligence Act, 2008, www.aib.gov.uk.

O procedură simplificată, denumită LILA^[1], a fost introdusă pentru debitorii persoane fizice care au și venituri foarte mici și nu au nici proprietăți. Perioada de faliment pentru persoana fizică a fost redusă de la 3 ani la 1 an. A fost înăsprit tratamentul pentru debitorii de rea-credință, inclusiv prin instituirea restricției de a accesa alt credit pentru o perioadă între 2 și 15 ani, iar restricțiile sunt consemnate în Registrul insolvenței.

7. Prima lege a insolvenței în *Germania* a fost Legea privind falimentul din 1877; *Konkursordnung*^[2]. În 1999, după aproape 20 de ani de discuții, audieri și negocieri, a fost adoptat Statutul de insolvență (*Insolvenzordnung*), care a înlocuit vechea reglementare, care s-a dovedit în mare parte a fi nefuncțională (în conformitate cu Legea privind falimentul, 84% din cererile pentru deschiderea procedurii de faliment au fost respinse din cauza lipsei de active suficiente).

Prin noua reglementare a fost introdusă posibilitatea debitorului de autoadministrare sub supravegherea unui custode desemnat de tribunal, iar creditorii garantați iau acum parte la procedura de insolvență, participă la adunările creditorilor și au drept de vot. Statutul de insolvență conține pentru prima dată proceduri prin care un debitor persoană fizică poate primi o descărcare de datorie (*Restschuldbefreiung*)^[3]. Toate deciziile judecătorești sunt publicate și pot fi cercetate pe internet^[4].

În ceea ce privește falimentul personal, se intenționează reducerea perioadei de timp pentru descărcarea de datorie de la șase ani la trei ani. Se susține că acest lucru ar permite „fondatorilor de mici afaceri, dar, de asemenea, și consumatorilor cu datorii să își revină mai repede pentru un nou început”.

8. Procedura insolvenței franceze are aspecte comparabile cu sistemul german, ca de exemplu tranzacția extrajudiciară și descărcarea datoriilor rămase neacoperite după o perioadă de bună conduită. Regulamentul privind insolvența consumatorului a fost introdus în *Franța* în 1989, prin modificarea Codului consumatorului (*Cod de la consommation*)^[5]. Inițial exista numai prevederea referitoare la posibilitatea debitorului consumator de a plăti datoria eșalonat, conform unui plan. Descărcarea datoriilor rămase neacoperite nu a fost inclusă decât la o altă modificare a Codului, în 1998, cu scopul de a veni în întâmpinarea creșterii gradului de supraîndatorare al persoanelor fizice.

Procedura judiciară se desfășoară numai după parcurgerea unei proceduri prealabile extrajudiciare, gratuite, în fața „comisiei pentru populația îndatorată” (*Commission de Surendettement*), la Banca Centrală franceză^[6]. Legea franceză pune un puternic accent pe negocierea unui plan de rambursare amiabil înainte de luarea altor măsuri suplimentare în cadrul procedurii falimentului.

Din 2004, debitorii persoane fizice considerați a fi într-o situație materială compromisă iremediabil pot obține eliberarea de sub datorii în întregime și imediat de la comisiile de evaluare, fără să mai treacă printr-un program de reevaluare, dar cu lichidarea activelor. Procesul a fost simplificat suplimentar în 2010, când legislația a oferit posibilitatea ca debitorii fără active aflați într-o astfel de situație să beneficeze și mai rapid de iertarea

[1] Low Income Low Asset.

[2] www.wissen.de/lexikon/konkursordnung.

[3] §5286 din lege.

[4] www.insolvenzbekanntmachungen.de.

[5] www.legifrance.gouv.fr.

[6] www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Mission/Services_rendus/i134gb.pdf.

datoriilor. Această procedură a fost foarte folosită și este considerată una de succes, țări precum Suedia și Franța având sistemele cele mai apropiate de ceea ce înseamnă cea mai bună practică pentru Europa, potrivit unui studiu al London Economics (LE) pentru Financial Services User Group (FSUG), un grup de experți constituit de Comisia Europeană pentru consultarea în problemele ce țin de protecția consumatorilor de servicii financiare^[1].

Cazurile sunt analizate individual și 55% dintre creditori acceptă planurile de reorganizare; în 60% dintre situații, debitorilor li se cere să facă în continuare plăți, media sumelor rambursate creditorilor fiind de 20% din datoriile inițiale. Dintre aceștia, 11% intră din nou în incapacitate de plată într-un orizont de doi ani. Cele mai multe cazuri de supraîndatorare (32%) sunt cauzate de pierderea locului de muncă, 14,5% din cazuri sunt urmare a unui divorț și 18,8% a unui accident/boli. Potrivit autorilor studiului, cazurile de fraudă sunt rare și, de regulă, sunt depistate de comisiile de evaluare.

9. În *Austria*, Legea actuală a insolvenței se bazează în continuare pe legile insolvenței din decembrie 1914. De atunci, au existat peste 50 de amendamente aduse acestor legi, principalele fiind în 1981 (desființarea claselor de faliment), 1993 (introducerea insolvenței persoanei fizice de la 1 ianuarie 1995) și 2010 (abrogarea ordinii de compensare și unificarea legislației prin Legea privind insolvența)^[2].

Pentru falimentul persoanelor fizice se aplică reguli speciale. Raționamentul din spațiile acestei prevederi este de ordine socială, pentru a permite șansa unui nou început debitorului persoană fizică de bună-credință aflat într-o situație financiară disperată. Procedurile de insolvență pentru persoanele fizice necomercianți sunt descrise ca proceduri de eșalonare a datoriilor^[3] (*Schuldenregulierungsverfahren*) și sunt posibile doar din 1995.

10. În *Belgia*, cele mai importante proceduri de insolvență sunt administrarea judiciară, falimentul și concordatul. Sistemul juridic belgian face distincție între comercianți și necomercianți. Numai comercianții pot aplica pentru administrare judiciară și pot fi declarați în stare de faliment.

Procedura concordatului și de soluționare colectivă a datoriilor pentru necomercianți reglementată de Codul judiciar^[4] a fost introdusă prin Legea nr. 57 din 5 iulie 1998, art. 2, și a intrat în vigoare la 1 ianuarie 1999.

Orice persoană fizică rezidentă în Belgia, care nu are calitatea de comerciant, poate aplica pentru un concordat dacă se află, în mod durabil, în imposibilitatea de a-și plăti datoriile și nu și-a manifestat intenția de a aplica pentru insolvență [secțiunea 1675/2 (1) Codul judiciar]. În cazul în care persoana fizică a fost anterior comerciant, acesta nu poate aplica pentru această procedură cel puțin șase luni după încetarea activității sale sau, în cazul în care comerciantul a fost declarat în stare de faliment, după închiderea procedurii de faliment.

[1] Study on Means to Protect Consumers in Financial Difficulty: Personal Bankruptcy, Datio in Solutum of Mortgages, and Restrictions on Debt Collection Abusive Practices, aprilie 2013.

[2] www.jusline.at/Konkursordnung.

[3] www.rechtsfreund.at/privatkonkurs.

[4] www.ejustice.just.fgov.be.

11. Legea olandeză privind falimentul (*Faillissementswet*) a intrat în vigoare la 30 septembrie 1893^[1], apoi a fost modificată de mai multe ori. Există trei tipuri de proceduri în conformitate cu legea olandeză:

- falimentul (*faillissement*), în care activele debitorului sunt lichidate pentru plata creanțelor creditorilor; această procedură se aplică societăților, altor persoane juridice (cum ar fi fundații și asociații), asociațiilor în participațiune și persoanelor fizice;

- suspendarea plăților (*surséance van betaling*), prin care debitorul este temporar scutit de plata către creditorii săi în scopul de a se reorganiza și de a continua activitatea, pentru ca, în cele din urmă, să poată satisface o parte a creanțelor creditorilor, procedură ce poate fi urmată de cele mai multe companii și persoane juridice, dar și de persoanele fizice care desfășoară o afacere sau care exercită o profesie independentă;

- un sistem de reeșalonare a datoriilor (*schuldsanering*), în care activele debitorului sunt lichidate în beneficiul creditorilor săi, iar debitorul trebuie să facă un efort maxim pentru a genera fonduri în vederea restituirii debitelor către creditorii săi într-o perioadă de trei ani, cu obiectivul de a oferi debitorului posibilitatea unui „nou început”, procedură deschisă doar persoanelor fizice. Secțiunea 284 din Legea privind falimentul, introdusă la 1 decembrie 1998, prevede că „o persoană fizică poate solicita un ordin de punere în aplicare a unui plan de reeșalonare a datoriilor, în cazul în care este previzibil în mod rezonabil că va fi în imposibilitate de plată a datoriilor devenite scadente sau dacă este într-o situație în care a încetat să-și plătească datoriile scadente”.

Cererea pentru punerea în aplicare a unui plan de reeșalonare a datoriilor trebuie însoțită de adeverință motivată emisă de organul executiv al autorităților de la domiciliul sau reședința debitorului, document care să explice de ce nu există nicio posibilitate realistă de reeșalonare extra-judiciară a datoriilor și măsura în care solicitantul poate să își gestioneze datoriile. Etapa extrajudiciară, în care debitorul încearcă soluționarea pe cale amiabilă, este obligatorie.

12. În *Danemarca*, cea mai recentă lege^[2] privind falimentul, Legea nr. 118 din 4 februarie 1997, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 402 din 26 iunie 1998, este împărțită în 5 titluri. Titlul I cuprinde prevederile introductive, în timp ce Titlul II este titlul principal al legii referitor la insolvență. Titlul III și Titlul IV includ dispoziții referitoare la *compulsory composition* și reeșalonarea datoriilor. Titlul V se numește „Dispoziții comune” și include dispoziții privind procedura în fața instanței de faliment, dispoziții privitoare la participanți, la competența materială și la ședința de judecată. Elementul de bază în sistemul danez al procedurii de insolvență, atât pentru persoanele fizice, cât și pentru cele juridice, este falimentul/lichidarea. În caz de faliment/lichidare, proprietatea debitorului este lichidată și orice venituri sunt distribuite între creditorii săi.

Reeșalonarea datoriilor este destinată numai debitorilor persoane fizice supraîndatorate, neaplicându-se persoanelor juridice. Aceasta este singura normă specială pentru persoanele fizice în legea daneză. În rest, tratamentul persoanei fizice nu diferă în mod esențial față de tratamentul persoanei juridice.

13. În *Finlanda* există trei proceduri de insolvență separate: falimentul, reorganizarea corporativă și restructurarea datoriei individuale. Falimentul este reglementat de Codul de faliment nr. 120/2004, care a intrat în vigoare la 1 septembrie 2004. Legea pentru

^[1] wetten.overheid.nl/BWBR0001860/Opschrift.

^[2] Insolvensret, www.retsinformation.dk.

restructurarea companiilor nr. 47/1993 și Legea privind insolvența persoanelor fizice nr. 57/1993 au intrat în vigoare la 8 februarie 1993. Deschiderea procedurii împotriva debitorului persoană fizică se pronunță de către instanță. În cazul în care este necesar, instanța de judecată numește un lichidator. Instanța are, de asemenea, responsabilitatea confirmării programului de plăți. Hotărârile instanței pot face, cu câteva excepții, obiectul unui recurs.

Lichidatorul elaborează și propune un program de plăți, dar efectuează și alte sarcini atribuite de către instanța de judecată. De exemplu, lichidatorul poate primi sarcina de a administra activele debitorului. Lichidatorul trebuie să respecte competențele prevăzute de lege și să fie independent atât față de debitor, cât și față de creditori.

În cazul în care nu i s-a desemnat niciun lichidator, debitorul elaborează un program de plăți propus de el însuși. Debitorul este obligat să furnizeze instanței, lichidatorului și creditorilor informațiile solicitate și primește asistență de la serviciul public de finanțe, de la autoritatea locală și de la serviciul de consultanță pentru datorii.

Creditorii se pot opune la cererea debitorului și la programul de plăți propus. Un debitor în legătură cu care cererea de eșalonare a plăților conform unui plan este în curs nu poate fi declarat în stare de faliment. Tribunalul poate dispune suspendarea temporară a executării silite individuale contra debitorului, chiar înainte ca procedura de eșalonare să se fi deschis. Odată planul confirmat de către instanță, debitorul face plăți către creditori, numai în conformitate cu acesta.

14. Legea *suedeză* privind insolvența nr. 672 din 1987 nu conținea prevederi referitoare la persoana fizică, fiind aplicabilă doar persoanelor juridice. Persoanele fizice pot solicita restructurarea datoriei (*skuldsanering*), în temeiul Legii privind restructurarea datoriilor nr. 548 din 2006^[1]. Condițiile sunt ca persoana să aibă reședința în Suedia, să fie atât de îndatorată încât să nu se poată aștepta să fie în măsură să plătească datoriile în viitorul apropiat și să aibă capacitate de exercițiu deplină, pentru a-și exprima acordul cu privire la restructurarea datoriei.

Restructurarea datoriei înseamnă că toate datoriile care fac obiectul procedurii sunt reduse sau eliminate. Cererile pentru restructurarea datoriei se depun la autoritatea de executare. Toți creditorii afectați de o propunere de restructurare a datoriei trebuie să aibă posibilitatea de a se opune la propunere. Decizia de restructurare a datoriilor va include proporția datoriei în care debitorul va trebui să plătească, pe baza unui plan de plăți, care în mod normal rulează timp de cinci ani.

Conform planului de plăți, debitorul ale cărui datorii au fost restructurate trebuie să trăiască din suma minimă de subzistență. În cazul în care debitorul nu are venituri peste suma minimă de subzistență, el nu trebuie să plătească nimic, iar acest lucru se întâmplă în aproximativ o treime dintre cazuri, astfel cum rezultă din statisticile oficiale. Biroul de supraveghere (*Tillsynsmyndigheten*) care face parte din Departamentul de Executare (*Kronofogdemyndigheten*) supraveghează administrarea activelor debitorului în insolvență.

15. *Grecia* a reformat procedurile privind reorganizarea și anularea datoriilor persoanelor fizice în 2010, inclusiv prevederile legii falimentului personal^[2]. Debitorii su-

^[1] www.kronofogden.se/Rattsliginformation.

^[2] Study on Means to Protect Consumers in Financial Difficulty: Personal Bankruptcy, Datio in Solutum of Mortgages, and Restrictions on Debt Collection Abusive Practices, aprilie 2013.

prăindatorați trebuie să treacă prin trei pași pentru a obține iertarea datoriilor care nu pot fi achitate. Primul pas este cel de negociere extrajudiciară cu creditorii. Dacă acesta eșuează, urmează procedura de înțelegere în cadrul instanței cu creditorii, iar apoi de ajustare a datoriei în instanță. În ultimul caz, activele debitorului sunt lichidate și este realizat un plan de rambursare a datoriei rămase (dacă debitorul este șomer, bolnav grav sau are venituri prea mici, atunci nu mai sunt plătite niciun fel de rate). Dacă planul este respectat, atunci debitorul obține eliminarea datoriilor rămase.

Debitorul poate păstra și locuința dacă aceasta valorează mai puțin de 300.000 de euro și se obligă să respecte un plan de rambursare de până la 20 de ani a până la 85% din valoarea proprietății. Studiul efectuat relevă că, în condițiile în care piața imobiliară din Grecia a căzut în această perioadă îndelungată de recesiune și valoarea creditelor ipotecare este peste valoarea de piață a proprietăților, prevederea din legea insolvenței este un imbold pentru debitori să nu-și părăsească locuința.

16. Cea mai recentă lege a falimentului personal pe teritoriul U.E. este cea a *Lituaniei*. Parlamentul lituanian a adoptat Legea cu privire la falimentul persoanelor fizice, care a intrat în vigoare la data de 1 martie 2013^[1]. Din analiza legii rezultă că, în conformitate cu aceasta, doar o persoană fizică poate aplica pentru faliment și numai în cazul în care se află în imposibilitatea de a-și plăti datoriile scadente de o valoare ce depășește 25 de salarii minime lunare, astfel cum acestea au fost aprobate de guvernul lituanian (în prezent, 20.000 LTL – aproximativ 5.793 Euro).

Scopul principal al legii falimentului persoanelor fizice în Lituania este restabilirea solvabilității persoanei și îndeplinirea creanțelor creditorilor. Legea își propune să ofere posibilitatea persoanei fizice de a reveni, după faliment, la standardul de viață obișnuit. Procedura nu poate fi inițiată în cazul în care pare că o persoană fizică a devenit insolventă prin propriile acte frauduloase.

17. Actualul Cod al insolvenței din Portugalia^[2] a intrat în vigoare la 18 martie 2004, insolvența persoanei fizice fiind cuprinsă în Capitolul II și aplicabilă în cazul în care debitorul este o persoană fizică și nu a fost titularul unei companii în ultimii trei ani înainte de începerea procedurii de insolvență sau la data cererii nu are datorii rezultate din contactul de muncă, numărul de creditori nu depășește 20 și pasivul său total nu depășește 300.000 euro. Dacă cererea este depusă de ambii soți sau împotriva ambilor soți, condițiile trebuie îndeplinite de fiecare dintre aceștia.

Debitorul poate propune un plan de plată a creditorilor, dar nu poate beneficia de descărcarea de datorie pentru debitele rămase dacă, în momentul depunerii un plan de plată, a ascuns că intenționează să solicite această scutire, presupunând că astfel planul nu va fi aprobat.

18. Influențată în principal de Regulamentul german privind insolvența, *Estonia* a adoptat o procedură separată de descărcare de datorii în cadrul procedurii de insolvență în ianuarie 2003. Începând cu 1 ianuarie 2004, Capitolul XI din Legea privind falimentul^[3] a reglementat descărcarea de datorii. În conformitate cu art. 175 (1) din lege, instanța decide privind descărcarea de datorii prin hotărâre, după o perioadă de cinci ani de la începerea procedurilor prevăzute în Capitolul XI din Legea privind falimentul. Perioada

[1] www.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc.

[2] www.pgdlisboa.pt/leis.

[3] *Pankrotiseadus*, adoptată în 22 ianuarie 2003.

suplimentară de timp înainte de a intra în procedura prevăzută de Capitolul XI nu poate fi prezisă datorită complexității cazurilor de insolvență. Debitorul nu este împiedicat să obțină de mai multe ori descărcarea de datorie, dar trebuie să aștepte șapte ani înainte de a deveni eligibil pentru o nouă descărcare.

19. *Letonia* este o țară care a adoptat recent o Lege modernă a insolvenței consumatorilor. La 1 ianuarie 2008, Legea privind insolvența din Letonia a stabilit o procedură nouă, care este similară cu cea britanică pentru persoanele fizice. Scopul procedurii de insolvență pentru persoana fizică este „de a-i oferi oportunitatea de a-și reînnoi capacitatea de plată sau de a fi eliberată de diferența dintre debitul datorat și plățile specificate în planul de plăți realizat din vânzarea bunurilor sale, precum și satisfacerea creanțelor creditorilor”, cu respectarea intereselor creditorilor și fără a fi necesar să fie declarată în stare de faliment^[1]. O persoană fizică poate aplica pentru procedurile de insolvență în cazul în care nu are posibilități de plată a datoriei scadente și debitul total depășește de 50 de ori salariul minim lunar sau atunci când se demonstrează, din cauza unor condiții ce vor fi dovedite, că acea persoană nu va avea posibilități de plată a datoriei ce va deveni scadentă peste un an și debitul total va depăși de 100 de ori salariul minim lunar^[2].

19. *Cehia* este una dintre primele țări din regiune cu o legislație care să trateze situațiile de insolvență a persoanelor fizice. Reglementarea falimentului personal a fost introdusă în legislația cehă în 1991 și modificată substanțial în 2006, fiind în vigoare din 2008^[3]. Scopul noii legi a insolvenței este de a asigura o mai mare transparență și previzibilitate procedurilor de insolvență, de a acorda debitorului șanse de reabilitare, acolo unde este cazul, și de accelerare totală și raționalizare a procedurilor de insolvență.

Falimentul personal poate fi declarat de debitor sau cerut de creditor în cazul în care valoarea activelor deținute este mai mică decât cea a obligațiilor. Din momentul în care debitorul depune la instanța de judecată formularul prin care își declară falimentul, acesta este publicat în registrul insolvențelor în termen de două ore. Apoi, creditorii au termen de până la două luni să se organizeze. Odată deschisă procedura, consumatorul este protejat automat de acțiunile individuale ale creditorilor, acestea suspendându-se.

Una din noutățile introduse în Cehia de noua lege este un set de proceduri numite *oddlužení* – stingere a datoriei neplătite sau descărcare de datorie. Astfel, în cadrul procedurii de descărcare de datorie, creditorii fie primesc veniturile din vânzarea activelor debitorului, după care veniturile viitoare ale debitorului sunt protejate, fie primesc rate din veniturile debitorului pentru o perioadă de cinci ani, situație în care activele debitorului sunt protejate, în ambele cazuri, sub condiția ca metoda aleasă să conducă la plata a cel puțin 30% din creanțele chirografare. În practică, cele mai multe bănci aleg să recupereze banii în cinci ani, perioadă în care debitorul poate plăti rate mai mari dacă are venituri în creștere. De asemenea, există o serie de prevederi menite să împiedice procedurile frauduloase ale datornicilor.

20. Începând cu 31 martie 2009, au intrat în vigoare proceduri de insolvență personală în *Polonia*^[4]. Noua lege prevede că numai debitorul, nu și creditorii săi, poate depune

[1] Legea insolvenței din Letonia, Partea D, Capitolul XXIV, §149 (1).

[2] Legea insolvenței din Letonia, Partea D, Capitolul XXIV, §151.

[3] *Insolvencni-zakon.justice.cz/obecne-informace/insolvencni-pravo*.

[4] Articolele 4911-49112 din Legea poloneză a reorganizării și falimentului din 28 februarie 2003, modificată prin Legea din 5 decembrie 2008, *Journal of Laws* 2008 (234), secțiunea 1572.

cerere de aplicare a procedurii falimentului. Insolvența consumatorului este exclusiv o insolvență de lichidare, ceea ce înseamnă că toate activele vor fi lichidate, iar creditorii vor fi (parțial) plătiți din venituri. Lichidarea de active este, de obicei, administrată de către lichidatorul desemnat, dar se poate permite și debitorului să o conducă personal, însă sub supravegherea unui lichidator.

Legea falimentului personal din 2009 a avut un efect limitat asupra debitorilor aflați în dificultatea de a-și achita ratele la instituțiile de credit. Legea este foarte restrictivă în desemnarea debitorilor eligibili: doar cei afectați de o boală gravă, dezastre naturale sau de evenimente excepționale pot aplica pentru faliment. De asemenea, aceștia trebuie să acopere costurile administrative destul de ridicate ale procesului. La capătul acestui proces, debitorii obțin anularea datoriilor care nu pot fi acoperite și achitate.

21. În Ungaria au existat unele discuții despre introducerea conceptului de insolvență individuală, dar încă nu a fost adoptată vreo lege. În luna februarie 2009 a fost prezentată o propunere privind procedurile disponibile pentru persoanele fizice. Acest proiect propune introducerea a două tipuri de faliment individual:

- a) o procedură care are drept scop stabilirea unui compromis între debitor și creditor;
- b) o procedură (de asemenea, menită să asigure un compromis între debitor și creditor) inițiată la cererea debitorului sau a creditorului, dar care nu presupune un acord cu cealaltă parte.

Atât Fondul Monetar Internațional^[1], cât și Banca Europeană de Dezvoltare^[2] au recomandat Ungariei să introducă un regim de faliment personal, arătând în cele două rapoarte beneficiile pentru economie pe care le-ar aduce o astfel de lege.

Secțiunea a 4-a. Necesitatea unei reglementări a insolvenței persoanei fizice în România

22. Începând cu anii 1970, Europa a dezvoltat un model economic în care creditele au devenit disponibile pe scară largă pentru marea majoritate a consumatorilor. Sub formă de credite ipotecare, credite pentru nevoi personale, descoperiri de cont sau carduri de credit, creditele de consum au devenit comune și rămân astfel până în prezent. Dar, ori de câte ori o activitate se desfășoară pe scară largă, va exista o parte în care ceva nu funcționează, iar, în cazul creditelor de consum, rezultatul este supraîndatorarea consumatorului. Statele europene au încercat să se ocupe de această problemă, care cauzează o serie de dificultăți sociale, prin crearea de mecanisme de ajustare a datoriei consumatorilor, de multe ori flexibilizând legislația insolvenței persoanei juridice, legislație deja existentă în respectivele sisteme de drept.

În ultimii ani, jurisdicțiile europene au o abordare mult mai activă în domeniul insolvenței particularilor. Recesiunea, ca urmare a crizei creditelor din anii 2007-2008, a readus această problemă în centrul atenției. Numărul litigiilor având ca obiect falimentul

^[1] IMF Country Report no. 13/85, p. 15, www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2013/cr1385.pdf.

^[2] Commercial Laws Of Hungary – An Assessment By The EBRD, p. 10, www.ebrd.com/downloads/sector/legal/hungary.pdf.

a cunoscut o creștere evidentă la nivel european^[1], consecința fiind că, de exemplu, doar în anul 2012, șase state membre U.E. au anunțat reforme în acest domeniu^[2].

Studiile internaționale recente^[3] au dovedit că o lege eficientă a insolvenței personale, alături de alte măsuri și bune practici, ar disciplina debitorii, asigurând o mai echilibrată satisfacere a creditorilor, dar, în același timp, ar preveni supraîndatorarea, ducând la îmbunătățirea calității vieții și reducerea sărăciei.

Argumentele sunt următoarele:

a) referitor la *pericolul hazardului (sau riscului) moral*^[4]

Studiile amintite arată că pericolul hazardului moral (ca și al fraudei, de altfel) rămâne prezent în orice sistem, dar aceste derapaje nu ar trebui să umbrească beneficiile substanțiale ale oferirii de ajutor în majoritatea covârșitoare a cazurilor care implică debitorii de bună-credință, care s-au străduit să își plătească datoriile, dar nu au reușit, din cauza unor factori, în mare parte sau în întregime, dincolo de controlul lor. În Raportul Băncii Mondiale se arată astfel că „trebuie luate măsuri pentru a se evita sacrificarea marelui bine al unui astfel de sistem pur și simplu pentru că perfecțiunea nu poate fi asigurată”^[5].

Dacă neîndeplinirea obligațiilor ar ține doar de iresponsabilitatea sau imoralitatea debitorilor, atunci redistribuirea consecințelor comportamentului ilicit pe restul societății ar fi, în sine, nedorită. Dar eșecul este rareori doar consecința unor factori pe care debitorul îi poate controla. De cele mai multe ori, dimpotrivă, debitorii din societățile agricole, de exemplu, depind de vreme și alți factori de mediu, debitorii din societățile industriale depind de ciclurile economice și de evoluțiile comerciale, debitorii din societățile financiare moderne depind de oscilațiile în evaluările și acțiunile întreprinse de piețe bursiere aparent foarte îndepărtate de viața debitorilor. Și, pentru toți aceștia, există căi de salvare: reorganizarea sau falimentul.

Însă, similar, ciclurile economice își pot pune amprenta și asupra deciziilor debitorilor persoane fizice de a achiziționa o locuință sau de a investi într-un bun de folosință îndelungată. Globalizarea economică a lăsat debitorii neajutorați în fața forțelor din zone îndepărtate de pe glob a căror influență nu este nici anticipată, nici controlabilă^[6]. Ca și debitorii persoane juridice, debitorii persoane fizice se confruntă, la rândul lor, cu probleme dincolo de propriul control, cum ar fi potențiale probleme de sănătate, divorț, naștere, moartea unui membru al familiei, șomaj și alte evenimente de viață care solicită un buget, de altfel gestionabil, până la punctul de rupere. Multe persoane trăiesc de la salariu la salariu, iar pierderea unui loc de muncă, o urgență medicală sau un divorț

^[1] Cifrele sunt cuprinse în Raportul Comisiei Europene pentru eficientizarea justiției pe anul 2012, www.just.ro.

^[2] Austria, Germania, Irlanda, Italia, Polonia și Slovacia.

^[3] The over-indebtedness of european households: updated mapping of the situation, nature and causes, effects and initiatives for alleviating its impact (Supraîndatorarea gospodăriilor europene: cartografierea actualizată a situației, natura și cauzele, efectele și inițiativele pentru atenuarea impactului acesteia), www.bristol.ac.uk/geography/research/pfrc/news/pfrc1301 sau Raportul referitor la bune practici în Raportului Băncii Mondiale asupra tratamentului insolvenței persoanei fizice, http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBInsolvencyOfNaturalPersonsReport_01_11_13.pdf.

^[4] Prin *hazard moral* se înțelege situația în care există tendința asumării de riscuri nejustificate pe fondul suportării costurilor de către o terță parte care preia parțial sau total acest risc.

^[5] Raportului Băncii Mondiale asupra tratamentului insolvenței persoanei fizice, p. 42.

^[6] De exemplu, este de notorietate situația creditelor contractate de persoanele fizice din România în franci elvețieni (CHF), monedă al cărei curs de schimb s-a apreciat de la 2,5 lei în decembrie 2006 la 3,65 lei în prezent, cu consecințe devastatoare asupra capacității de rambursare din partea debitorilor.

pot împinge debitorul peste limita suportabilității și l-ar îndreptați să caute ajutor prin insolvență.

Un element de hazard moral va fi mereu prezent în viața fiecărei persoane fizice, iar reglementarea unei legi a insolvenței persoanei fizice conform cu care se vor prevedea și aplica norme corecte privitoare la intrarea, comportamentul în timpul procedurii și la ieșirea persoanei din insolvență va izola și exclude debitorii care se angajează în tranzacții de creditare excesiv de riscante;

b) referitor la *pericolul fraudei* din partea debitorului

Debitorii ar putea comite fraudă într-o varietate de moduri, inclusiv prin minciună cu privire la situația lor financiară sau prin ascunderea veniturilor. Protejarea unui sistem de insolvență a persoanelor fizice de riscul de a crea avantaje debitorilor frauduloși este un motiv serios de îngrijorare și nu există nicio soluție simplă sau perfectă la acest risc. Singura modalitate eficientă de a reduce fraudă debitorului este atenta monitorizare a procedurii de către administratorii judiciari și de către creditori.

Pe de altă parte, nu trebuie exagerat pericolul pe care o astfel de fraudă îl reprezintă, deoarece cazurile de fraudă reale sunt, în sistemele judiciare care au reglementată insolvența particularilor, insignifiante ca număr (între 1 și 3 la sută din toate cazurile^[1]). Sigur că trebuie prevăzute și implementate măsuri adecvate de monitorizare și control al debitorului de către administratorii judiciari și de către creditori, pentru acele cazuri în care debitorii încearcă să abuzeze de lege. Din datele statistice existente rezultă că fiecărui exemplu șocant de fraudă dovedită îi corespund mai multe sute sau mii de debitori cinstiți care solicită și primesc ajutor legitim, astfel că aceste excepții nu pot fi un argument pentru evitarea reglementării.

Cazuri izolate de fraudă a debitorului sunt prezente în aproape fiecare sistem care a existat vreodată, iar totala excludere a fraudei este o utopie. Toate sistemele judiciare acceptă riscul existenței unei anumite doze limitate de fraudă și a unui număr de debitori care nu merită, dar totuși profită de procedură. Această realitate nu ar trebui să descurajeze, însă, reglementarea legislativă pentru marea majoritate a debitorilor cinstiți, dar nenorocoși, care pot transmite către creditori și societate beneficii semnificative conștând în reinsertia lor socială;

c) referitor la *riscul lipsei de disciplină* în creditare

Studiile citate au arătat că nu indisciplina duce la neplată, ci supraîndatorarea, iar aceasta are mai multe cauze, a căror complexitate excede indisciplinei. Astfel, este dovedit matematic că riscul de supraîndatorare crește proporțional cu scăderea veniturilor. Aceleași măsurători arată că există o legătură directă între dificultățile financiare și vârstă, persoanele tinere fiind cele mai expuse la risc. În plus, datorită crizei economice, a crescut riscul de supraîndatorare și la grupa de vârstă 30-45 de ani, dar și la grupa de vârstă de peste 60 de ani și la grupa de populație cu venituri medii, grupe la care, înainte de criză, riscul era nesemnificativ. În același mod a rezultat că dificultățile financiare cresc în rândul persoanelor care nu dețin o locuință în proprietate, deci proprietarii sunt supuși unui risc mai mic de supraîndatorare (excepție făcând cei care au contractat cre-

^[1] În Raportul anual 2011-2012 al Serviciului de Insolvență al Marii Britanii, www.bis.gov.uk/assets/insolvency/docs/publication-pdfs/ar2011-2012.pdf, la p. 15-34 sunt consemnate cazurile de fraudă și numărul lor: în 2008-2009 – 67 cazuri la totalul de peste 20.000 de falimente personale, în 2009-2010 – 81 cazuri la peste 18.000 de falimente, în 2010-2011 – 105 la 12.500 de falimente, în 2011-2012 – 102 cazuri la 10.000 de falimente. Situația este asemănătoare în SUA, astfel cum rezultă din datele statistice publicate în Raportul anual pe anul 2012 al Departamentului pentru Justiție al SUA, p. 23, www.justice.gov/ust/eo/public_affairs/annualreport/docs/ar2012.pdf.

dite ipotecare). De asemenea, numărul de persoane în întreținere crește semnificativ riscul de supraîndatorare (cifrele au arătat că la acest parametru creșterea este dublă), aceeași fiind situația în familiile monoparentale, deoarece se confruntă cu aceleași costuri la venituri înjumătățite. Și nivelul de educație are legătură directă cu riscul de supraîndatorare, însă efectul este mai slab, dar și mai complex, fiind măsurat în conexiune cu ceilalți factori.

Cauzele supraîndatorării familiale sunt de ordin macro-economic: șomajul, nivelul salariilor, fluctuațiile cursurilor de schimb valutar, creșterea costurilor legate de subzistență, creditele de consum cu rate ridicate ale dobânzilor, dar și altele. Există, de asemenea, circumstanțe personale care determină gradul de risc al supraîndatorării: șomajul, boala, divorțul, eșecul în afaceri sau decesul unui membru al familiei, deciziile greșite de management financiar.

Singurul factor de risc de care ar putea fi legată indisciplina în creditare este atitudinea culturală față de datorie, în general, dar cifrele demonstrează că, în urma crizei financiare, persoanele fizice sunt tot mai atente la produsele de creditare, deși acestea s-au diversificat. De exemplu, din datele statistice publicate de Banca Națională a rezultat că volumul de creditare a populației în moneda euro a scăzut constant începând cu anul 2010, cel în lei a fost în stagnare și a crescut foarte puțin abia din toamna anului 2012, a scăzut volumul de creditare pentru consum și a crescut cel pentru locuințe și cel în alte scopuri^[1]. Din aceste date rezultă, fără echivoc, că factorul atitudine culturală față de datorie nu poate fi luat în considerare, deoarece persoanele fizice din România au observat riscurile și au avut un comportament prudent față de produsele de creditare, cel puțin în ultimii ani.

Existența întârzierilor la plata ratelor de credit ale persoanelor fizice în România este un fapt de netăgăduit, rezultat din datele statistice oficiale. Creditorii care constată restanțe la plata ratelor contractuale recurg la executarea silită individuală în scopul satisfacerii creanțelor, procedură consumatoare de timp și resurse, deoarece, deși se desfășoară prin corpul executorilor judecătorești, fiecare act de executare poate fi atacat separat pe calea contestației la executare în fața judecătoriei, ca instanță de executare. Din datele statistice oficiale rezultă că, în anul 2012, judecătorii au judecat, în materia executării silite, 479.214 dosare^[2], reprezentând 32% din activitatea acestor instanțe.

Situația devine și mai complicată atunci când debitorul nu are active urmăribile, deoarece creditorul pierde, în trei ani, dreptul de a cere executarea silită, prin prescripție, chiar dacă, după împlinirea celor trei ani, debitorul ar obține resurse ce ar putea face obiectul executării silite. În această situație, debitorul este interesat să nu facă niciun efort în decursul celor trei ani, în așteptarea termenului de prescripție, iar creditorul suportă întregul debit.

România are una dintre cele mai restrictive legislații în tratarea supraîndatorării persoanelor fizice, așa cum reiese dintr-un studiu al London Economics (LE) pentru Financial Services User Group (FSUG), un grup de experți constituit de Comisia Europeană pentru consultarea în problemele ce țin de protecția consumatorilor de servicii financiare^[3].

Dacă majoritatea țărilor europene merg spre o legislație care să ofere mai multă protecție pentru debitorii supraîndatorați, astfel încât aceștia să fie reintegrați economic în

[1] www.bnro.ro/Raport-statistic-606.aspx.

[2] Datele provin din Raportul privind activitatea instanțelor în anul 2012, www.csm1909.ro.

[3] Study on Means to Protect Consumers in Financial Difficulty: Personal Bankruptcy, Datio in Solutum of Mortgages and Restrictions on Debt Collection Abusive Practices, aprilie 2013.

cazul în care nu-și mai pot achita datoriile mari acumulate și să echilibreze relațiile între necesitatea creditorilor de a-și recupera creanțele și imposibilitatea debitorului de a-și achita datoriile, în România debitorii supraîndatorați nu au la îndemână nicio pârghie pentru a se elibera de datoriile pe care nu le mai pot achita și singurele soluții oferite de bănci nu fac decât să ridice costul total al creditului.

Autorii studiului au remarcat faptul că adoptarea unei legi a insolvenței persoanei fizice în România s-a lovit de opoziția băncilor ca urmare a îngrijorărilor că:

- sistemul judiciar din România nu ar putea face față acestui influx de muncă;
- nivelul de criminalitate din România, având în vedere experiența cazurilor de insolvență a firmelor, ar putea face ca numărul cazurilor de insolvență să fie mai mare decât în alte țări europene, ceea ce ar putea conduce la mai multe tentative de a fraudă băncile decât au experimentat alte țări;
- sistemul bancar din România s-ar putea să nu fie capabil să reziste la pierderile care ar putea rezulta;

– dacă debitorii ar avea dreptul să intre în incapacitate de plată, atunci băncile ar suferi pierderi, ceea ce ar restrânge creditarea și ar duce la creșterea dobânzilor și, în consecință, ar restrânge creșterea economică.

Potrivit autorilor studiului, Asociația Română a Băncilor (ARB) a indicat trei metode pentru clienții bancari aflați în dificultate: refinanțarea, rescadențarea și restructurarea creditelor. Bancherii recunosc că niciuna dintre aceste metode nu funcționează cum trebuie, dar se declară, în general, satisfăcuți de ele. Din perspectiva acestora, cel mai de succes proces este cel de rescadențare, urmat de restructurare.

Rescadențarea crește aproape în toate cazurile costurile creditului și aduce o ușurare de câteva luni pentru debitori, în timp ce restructurarea, care implică tăierea unei părți din credit, nu este în general folosită pentru clienții persoane fizice, după cum arată studiile B.N.R., fiind o procedură destinată, mai degrabă, firmelor.

23. În baza raportului London Economics, FSUG a recomandat Comisiei Europene să impună o legislație privind falimentul personal la nivel european care să se bazeze pe următoarele recomandări de bună practică:

– anularea datoriilor nu este și nu ar trebui să fie un drept automat, dar ar trebui prezumat că cineva care aplică ar trebui să aibă acces la această procedură, în cazul în care un creditor nu poate demonstra obiectiv că există rea-credință din partea debitorului. Dovada de bună-credință ar trebui prezumată, în schimb ar trebui demonstrată reaua-credință;

– creditorul trebuie să fie protejat atunci când debitorul acționează cu rea-credință, dar în schimb ar trebui să accepte responsabilitatea în cazurile în care creditarea ireponsabilă a pus umărul la aducerea debitorului în starea de supraîndatorare și ar trebui să suporte o parte din costuri pentru rezolvarea problemei. Debitorul ar trebui să plătească atât cât poate, iar creditorul ar trebui să accepte această soluție ca fiind cea mai bună, pentru că, în final, nu există mai mulți bani pe care să îi ia. Deci, ar fi mai bine să își reducă pierderile, să nu mai piardă bani cu procedurile judiciare și să permită descărcarea rapidă a datoriilor de neplătit;

– anularea datoriilor ar trebui făcută de un corp administrativ, rapid și eficient, fără nevoia de a accesa proceduri judiciare în instanță, cu excepția apelurilor pentru aplicarea incorectă a procedurii, așa cum se întâmplă în Franța și Suedia, aplicând reguli transparente;

– consilierul ar trebui, în acest caz, să determine soluția aplicabilă, să aibă puterea de a pune în discuție veniturile debitorului (atât cât să permită acestuia un trai decent), să aibă dreptul să execute doar activele care au o valoare peste un anumit prag, să aibă dreptul de a obliga creditorii la soluția decisă, să aibă puterea de a impune un „plan zero”, acolo unde nu există nicio șansă pentru consumatori de a face plăți, cu descărcarea imediată de datorie dacă un consumator nu poate plăti în următorii trei ani 10% din datoria totală sau 10.000 de dolari (fiind luată în calcul suma cea mai mică dintre cele două);

– la fel ca în Danemarca și Marea Britanie, ștergerea datoriei ar trebui să se facă într-un an, iar apoi ar trebui să urmeze un plan de plată de trei ani, caz în care creditorii ar putea să mai recupereze din creanță;

– există datorii de care consumatorii nu ar trebui să poată scăpa, precum pensiile de întreținere pentru copii.

24. De asemenea, recent a fost adoptată la nivelul Uniunii Europene *Recomandarea Comisiei U.E. din 12 martie 2014 privind o nouă abordare a eșecului în afaceri și a insolvenței*. Obiectivul Recomandării este de a garanta că întreprinderile viabile care se confruntă cu dificultăți financiare, indiferent de locul din Uniune în care sunt stabilite, au acces la proceduri naționale de preinsolvență care să le permită să își restructureze activitatea într-un stadiu timpuriu, în scopul de a preveni insolvența acestora și, prin urmare, de a maximiza valoarea totală pentru creditori, angajați, proprietari și pentru economie în ansamblul său. De asemenea, Recomandarea vizează să acorde o a doua șansă antreprenorilor onești din întreaga Uniune care au intrat în faliment.

Recomandarea stabilește pentru statele membre standarde minime cu privire la: a) proceduri preventive de restructurare și b) descărcarea de datorii a debitorilor în faliment.

De asemenea, în cadrul definițiilor, în sensul Recomandării, *debitor* înseamnă orice persoană fizică sau juridică care se confruntă cu dificultăți financiare atunci când există o probabilitate de insolvență.

Deși supraîndatorarea și falimentul consumatorilor nu sunt incluse în domeniul de aplicare al Recomandării, statele membre sunt invitate să analizeze posibilitatea de a aplica aceste recomandări și în cazul consumatorilor, deoarece o parte dintre principiile urmărite în prezenta recomandare ar putea fi relevante și pentru consumatori (pct. 15 din Preambulul Recomandării).

În opinia noastră, prin reglementarea unei proceduri de insolvență echilibrate și gândite după principiul *win-win*, în aplicarea unui plan de plăți cu descărcarea datoriilor rămase cu condiția restituirii unui procent semnificativ din creanță, debitorul ar fi cointerestat să facă efortul de a plăti o parte din debit știind că, la sfârșit, va fi scutit de rest, iar creditorul ar suporta o pierdere mult mai mică.

Secțiunea a 5-a. Principiile, scopul și destinatarii reglementării

25. Legea insolvenței persoanelor fizice este, în esență, o extensie, o etapă finală a procedurii de executare silită, cu efect asupra principiilor contractuale și asupra regimului juridic al obligațiilor, precum și asupra dreptului de proprietate.

În plus, o lege a insolvenței pentru persoanele fizice implică probleme importante de protecție a datelor personale și a vieții private, precum și o serie de probleme sociale și economice de reglementare, cum ar fi consilierea individuală, educația, furnizarea de asistență socială, precum și politicile publice referitoare la familie și locuințe.

Noțiunea de regim de *insolvență pentru persoanele fizice* nu este un concept omogen, pentru a putea fi analizat dintr-o perspectivă unică. Persoanele fizice se angajează într-o varietate de activități, cu implicații asupra datoriilor și în legătură cu supraîndatorarea. Dificultatea financiară se poate manifesta în diferite forme, insolvența poate apărea dintr-o gamă diversă de cauze, iar reglementarea regimului insolvenței pentru persoanele fizice presupune și reglementarea prevenirii ei.

Din analiza legislației insolvenței particularilor în alte state rezultă că ele s-au preocupat, prin reformele promovate, să evite insolvența^[1], prin tehnici cum ar fi înăsprirea condițiilor de creditare, educația financiară, consilierea financiară, iar *principiile* care au stat la baza reglementării insolvenței persoanei fizice sunt următoarele:

a) procedura insolvenței persoanei fizice are un dublu caracter: *judiciar și administrativ*, pentru că se desfășoară în fața instanței, atribuțiile judecătorului-sindic fiind prevăzute de lege.

Se observă că acest caracter dublu al procedurii este atenuat în unele legislații, reducându-se rolului judecătorului doar la atribuțiile de control asupra modului de îndeplinire a sarcinilor de către ceilalți participanți la procedură, caracterul administrativ accentuându-se, deoarece satisfacerea intereselor creditorilor prin plata creanțelor lor reclamă celeritate^[2];

b) procedura insolvenței persoanei fizice este *transparentă*, oricare creditor având asigurat accesul la informațiile privind procedura, indiferent că acestea se găsesc la judecător, la administratorul judiciar sau lichidatorul judiciar;

c) procedura insolvenței persoanei fizice are *caracter special*, deoarece se aplică numai entităților expres reglementate de ea. Condiția de bază în ceea ce privește incidența normelor juridice ale insolvenței este dată de calitatea de persoană fizică în stare de insolvență, fără distincție între consumatori și persoane fizice care desfășoară activități independente sau libere și fără distincție dacă au sau nu au capacitate de exercițiu deplină;

d) procedura insolvenței persoanei fizice are dublu caracter: de *remediu* și de *sanctiune*; pentru debitorul supraîndatorat de bună-credință este un remediu, pentru cel de rea-credință sau fraudulos este de sancțiune. Caracterul de remediu se întinde și asupra creditorilor și, în sens larg, asupra societății în general. Atunci când planul de plăți este respectat și debitorul a fost de bună-credință, acesta beneficiază de un *fresh start* (nou început) care să îi poată asigura întoarcerea la o viață normală prin ștergerea tuturor datoriilor anterioare închiderii procedurii. Dacă, însă, debitorul se dovedește a fi de rea-credință sau fraudulos, el nu are decât calea falimentului personal, nu i se acordă beneficiul scuzabilității, cu consecința unor decăderi și restricții pe o perioadă de timp care se poate întinde până la 7 ani.

Legile moderne ale insolvenței persoanei fizice au un *scop* dublu, de a oferi *protecție creditorilor*, dar și de a salva *debitorul de bună-credință*, oferindu-i o a doua șansă (un *fresh start* sau un *fresh start* meritat). Asigurarea echilibrului între interesele debitorilor

^[1] De exemplu, Franța, Irlanda, Finlanda.

^[2] De exemplu, în Franța și în Olanda.

și cele ale creditorilor^[1] trebuie să fie principalul scop al unei legi a insolvenței paricularilor pentru că, pentru simpla acoperire a creanțelor debitorului, rămâne suficient de acoperitoare procedura executării silite de drept comun, prevăzută în Codul de procedură civilă.

Argumentul este că, în timp ce îndatorarea excesivă a devenit tot mai frecventă, a existat o recunoaștere tot mai largă a supraîndatorării cauzate de schimbarea statutului persoanei (de exemplu, șomajul, boala sau divorțul). Astfel, la nivel european, dar nu numai, politicile publice s-au mutat dintr-o poziție în care legea susține forța obligatorie a contractelor încheiate, într-una în care creditorii care au împrumutat prea mult sunt considerați a fi la fel de responsabili ca și debitorii care au împrumutat prea mult, iar legea trebuie să realizeze un echilibru între respectarea contractelor și furnizarea de protecție debitorilor.

Doar câteva țări mai păstrează conceptul de *pacta sunt servanda* și acordă prioritate absolută onorării obligațiilor contractuale ale consumatorilor. Acest lucru se reflectă în gradul în care țările implementează în sistemele lor conceptul de *hazard moral* pentru a permite anularea unei părți sau a tuturor datoriilor personale, fără a fi plătite.

26. În doctrina europeană^[2], în studii de drept comparat, au fost identificate trei mari școli de abordare a problemei echilibrării celor două categorii de interese antagonice, cele ale debitorilor și cele ale creditorilor:

– *modelul nordic*: țările nordice au fost primele care au tranșat problema legitimității încălcării obligațiilor contractuale în scopul de a scăpa de supraîndatorare, condiționând oferirea de ajutor sub forma falimentului personal de aplicarea unui „test de bună-credință”. Debitorii persoane fizice nu pot accesa soluții pentru supraîndatorare în cazul în care comportamentul lor este considerat a fi fost cu rea-credință (de exemplu, prin contractarea unor credite foarte mari chiar înainte de a accesa o soluție pentru supraîndatorare sau dacă se dovedește că nu au făcut eforturi suficiente pentru rambursarea creditelor);

– *modelul germanic* (implementat inițial în Germania, Austria și Estonia), în contrast cu modelul nordic, permite accesul oricărui particular la o soluție, dar apoi obligă la respectarea unui plan de plăți a cărui substanță este modelată de reguli ferme, prin care debitorul trebuie să onoreze cât mai mult din creanțe, în măsura posibilului. Modelul germanic aplică reguli clare, standardizate, astfel încât atât debitorii, cât și creditorii cunosc exact consecințele, fie că sunt, fie că nu sunt de acord cu o anumită soluție;

– *modelul latin*: are o abordare istorică, este aplicat în Franța, Olanda, Belgia și Luxemburg, model potrivit cu care au fost susținute, pe cât posibil, acorduri voluntare, rolul judecătorilor reducându-se la controlul de legalitate al întregii proceduri, dar impunând regula generală că procesele sunt „grele”, planurile de plăți sunt lungi, iar condițiile de descărcare de datorie dificile, astfel încât acordurile voluntare sunt mai

^[1] În același sens, Gh. Piperea, *Felix qui nihil debet*, în Phoenix nr. 46/2013, p. 75. Autorul arată că „în cursul procedurii de insolvență, debitorul este ținut să facă plăți, în exacta măsură a posibilităților sale și în deplină transparență (este controlat și supravegheat de un administrator judiciar), doar în caz de faliment scuzabil urmând a opera descărcarea de datorie (*discharge*)”.

^[2] J.J. Kilborn, *Two decades, three key questions, and evolving answers in European consumer insolvency law. Responsibility, discretion, and sacrifice*, în Johanna Niemi, Iain Ramsay, William C. Whitford: *Consumer credit, debt and bankruptcy. Comparative and international perspectives*. Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 307-329.

avantajoase. Așadar, modelul latin se caracterizează prin mare libertate de acțiune judiciară pentru a ajusta soluția în funcție de circumstanțele particulare ale cauzei.

Există avantaje și dezavantaje pentru oricare model, dar s-a constatat o tendință de deplasare a politicilor de reglementare dinspre libertatea totală înspre lipsa totală de libertate de acțiune (reguli absolute). Elasticitatea s-a dovedit a fi prea oneroasă și consumatoare de timp și adesea a adus prea puține beneficii debitorului cu resurse limitate, cu venituri mici și cu datorii mari.

Indiferent de modelul ales, *scopul principal* al legii insolvenței particularilor trebuie să fie unul dublu: *îndestularea creanțelor* creditorilor și *restabilirea solvabilității* persoanei. Legea trebuie să ofere posibilitatea persoanei fizice de a reveni, după faliment, la standardul de viață obișnuit, pentru că persoana fizică nu dispare prin radiere, la fel ca persoana juridică, ea continuă să existe și după faliment, iar lipsa de preocupare față de consecințele unui faliment pentru persoanele fizice ar lăsa legea fără principala ei finalitate.

27. În privința *destinatarilor* unei legi a insolvenței persoanei fizice în România, dacă profesioniștilor li se aplică în prezent Codul insolvenței, rezultă că rămân în sfera de aplicare a unei asemenea legi persoanele fizice, în calitatea lor de consumatori sau particulari, și persoanele fizice care desfășoară o anumită profesie, în mod individual sau în asociere cu alte persoane (profesii liberale)^[1].

Întâi, trebuie făcută observația că prin Codul insolvenței este prevăzută expres excepția profesiei libere de la aplicarea sa, deși, începând cu adoptarea noului Cod civil, distincția nu se mai impunea.

Aceste *profesii liberale* (notari, avocați, medici) nu sunt, într-adevăr, comercianți, lor fiindu-le interzisă prin legi speciale desfășurarea de activități comerciale. Însă, este indiscutabil că toți aceștia au calitatea de profesioniști conform art. 3 NCC, pentru că ei exercită sistematic activitate organizată care constă în prestarea de servicii.

În aceste condiții, pare mai firească includerea tuturor categoriilor de profesioniști în Codul insolvenței, prin eliminarea excepției de la art. 3 și conceperea unei legi speciale numai pentru persoanele fizice în calitatea lor de consumatori, atât din rațiunile de rigoare juridică sus-arătate, cât și pentru că există diferențe specifice între supraîndatorarea consumatorilor și supraîndatorarea în afaceri (indiferent dacă sunt comerciale sau nu).

La nivel european, astfel cum rezultă din Raportul Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European privind aplicarea Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență din decembrie 2012, există trei modele de proceduri de insolvență a persoanei fizice, în funcție de categoriile de destinatari^[2].

Cele trei modele sunt:

- țări care aplică același sistem atât pentru consumatori, cât și pentru comercianți care desfășoară activități independente;
- țări care au adoptat regimuri speciale doar pentru consumatori și includ comercianții și pe cei care desfășoară activități independente în legea insolvenței persoanei juridice;

^[1] Art. 3 alin. (1) din Codul insolvenței prevede că: „Procedurile prevăzute de prezenta lege se aplică profesioniștilor, astfel cum sunt definiți la art. 3 alin. (2) din Codul civil, cu excepția celor care exercită profesii liberale, precum și a celor cu privire la care se prevăd dispoziții speciale în ceea ce privește regimul insolvenței lor”.

^[2] Raportul Comisiei către Parlamentul European, Consiliu și Comitetul Economic și Social European privind aplicarea Regulamentului (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, p. 7, <http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-report>.

– țări care au scheme separate pentru consumatori, pentru cei care desfășoară activități independente și pentru comercianții individuali.

Dacă se are în vedere că reglementările din noul Cod civil permit persoanei fizice diferite modalități de a se reorganiza (separația de patrimonii, patrimonii de afectățune, contracte matrimoniale, prin care se separă bunurile și creditorii), în schimb, Codul insolvenței nu permite persoanei fizice reorganizarea judiciară și, deci, nici continuarea activității în condiții de limitare a răspunderii, poate fi o soluție adoptarea primului model. Astfel, falitul onest – persoană fizică, respectiv persoană care desfășoară activități independente va putea fi descărcat de datorii la închiderea falimentului și, eventual, va putea începe o altă activitate profesională.

28. O categorie distinctă de destinatari ai legii poate fi reprezentată de *persoanele fizice lipsite de capacitate de exercițiu sau cele cu capacitate de exercițiu restrânsă* aflate în stare de insolvență declarată de instanța competentă, care stau în procedură prin reprezentanții lor legali.

Deși, aparent, persoanele fizice lipsite de capacitate de exercițiu sau cele cu capacitate de exercițiu restrânsă, în lipsa capacității de exercițiu, nu pot efectua acte și fapte juridice prin care și-ar putea genera starea de insolvență, practic acest lucru este posibil.

Potrivit art. 37 NCC, capacitatea de exercițiu este aptitudinea persoanei de a încheia singură acte juridice civile. Actele juridice ale minorului cu capacitate de exercițiu restrânsă (minorul care a împlinit 14 ani)^[1] se încheie de către acesta, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, și cu autorizarea instanței de tutelă. Singurele acte pe care minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă le poate face singur sunt actele de conservare, actele de administrare care nu îl prejudiciază, precum și actele de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor. Cu toate acestea, nu este imposibil de imaginat ca minorul cu capacitate de exercițiu restrânsă să încheie, bineînțeles, cu încuviințarea părinților, un act juridic care, ulterior, să îl expună situației de supraîndatorare, datorită hazardului (accident, boală, scăderea valorii imobilelor, orice altă situație).

La fel, nu este de neînchipuit situația în care un minor, care încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive ori referitoare la profesia sa^[2] (un sportiv talentat, un muzician care câștigă premii internaționale), cu încuviințarea părinților sau a tutorelui – caz în care el exercită singur drepturile și execută tot astfel obligațiile izvorâte din aceste acte și poate dispune singur de veniturile dobândite – să încheie un act juridic care îl poate expune unei situații de supraîndatorare.

În aceeași situație se poate afla orice persoană care a încheiat unul sau mai multe acte, după care a fost declarată interzis judecătoresc^[3] și are, la rândul său, dreptul să solicite aplicarea procedurii insolvenței, chiar dacă nu poate sta în justiție în procedură singur, ci prin reprezentant legal.

O discuție comportă frauda comisă de incapabil^[4] la momentul contractării unui credit care l-ar aduce în situație de supraîndatorare. Este adevărat că simpla declarație că este capabil să contracteze, făcută de cel lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă, nu înlătură anulabilitatea actului, dar există și posibilitatea ca, dacă

[1] Art. 41 NCC.

[2] Art. 42 NCC.

[3] Art. 43 lit. b) NCC.

[4] Art. 45 NCC.

s-a dovedit că a folosit manopere dolosive, instanța, la cererea părții induse în eroare, să mențină contractul, atunci când apreciază că aceasta ar constitui o sancțiune civilă adecvată [teza a II-a a art. 45 NCC].

În ipoteza în care, prin menținerea contractului, ulterior, incapabilul devine supraîndatorat, debitorul nu ar trebui să mai beneficieze de protecția legii, având în vedere că starea de supraîndatorare i se datorează sau cel puțin provine dintr-o fraudă a sa, deci prezumția bunei-credințe este răsturnată și consecința ar trebui să fie falimentul personal, astfel cum se întâmplă conform legilor insolvenței persoanei fizice în Franța, Olanda, Germania.

Secțiunea a 6-a. Insolvența persoanei fizice și supraîndatorarea. Falimentul scuzabil

29. În ceea ce privește noțiunea de *insolvență a persoanei fizice*, ea diferă în toate legislațiile de cea de insolvență a persoanei juridice prin introducerea, în conținutul său, a condiției *supraîndatorării*. Deși nu există o definiție unică a supraîndatorării care să fie acceptată la nivelul tuturor statelor membre, au fost elaborate în ultimii ani mai multe studii cu privire la supraîndatorare, studii din care au rezultat câteva elemente comune pentru definițiile date de legislațiile statelor.

De exemplu, în studiile efectuate de Comisia Europeană, Direcția Generală pentru Ocuparea Forței de Muncă, Afaceri Sociale și Egalitate de Șanse în anii 2007, 2008 și 2010^[1] se arată că pentru supraîndatorare:

- „unitatea de măsură ar trebui să fie gospodăria, deoarece veniturile persoanelor fizice care o alcătuiesc pot fi puse în comun și, de obicei, se presupune că sunt puse în comun între membrii gospodăriei;

- indicatorii trebuie să acopere toate angajamentele financiare ale gospodăriilor populației – împrumuturile pentru locuințe, creditele de consum, plata facturilor de utilități, chiria și/sau ipoteca etc. – și nu să se limiteze la un singur aspect;

- îndatorarea excesivă implică incapacitatea de a acoperi cheltuielile repetitive și, prin urmare, ar trebui să fie văzută mai degrabă ca o stare de fapt în curs de desfășurare, decât ca una temporară sau singulară;

- nu este posibilă rezolvarea problemei pur și simplu printr-un împrumut mai mare;

- pentru ca gospodăria să își îndeplinească angajamentele se cere să reducă cheltuielile substanțial (sau să găsească modalități de creștere a veniturilor sale)”.

Aceste studii^[2] iau în calcul acești cinci indicatori atunci când măsoară, anual, supraîndatorarea populației atât la nivelul statelor membre, cât și la nivelul Uniunii Europene.

În baza indicatorilor, o eventuală definiție a supraîndatorării, care să fie cuprinsă în corpul unei norme referitoare la insolvența persoanei fizice, ar putea avea următorul conținut: gospodăriile sunt considerate supraîndatorate, dacă acestea au dificultăți – cu titlu de continuitate – sau au restanțe în respectarea angajamentelor lor, dacă acestea se referă la plata împrumuturilor garantate sau negarantate sau la plata chiriei, utilităților sau altor facturi de uz casnic și, din această cauză, sunt obligate să își reducă cheltuielile

^[1] <http://ec.europa.eu/social>.

^[2] În același sens, L. Bercea, *Supraîndatorarea consumatorilor de credite: concept echivoc, soluții lacunare*, în R.R.D.A. nr. 7/2012, Ed. Wolters Kluwer, septembrie 2012, p. 143-152.

sub o anumită valoare de referință (care poate fi valoarea indicatorului social de referință^[1], salariul minim brut pe țară^[2] sau coșul minim de cost lunar^[3]).

Valoarea de referință depinde de mai mulți factori, inclusiv de politicile sociale, și trebuie calculată prin studii economice de specialitate, dar definirea supraîndatorării prin lege este necesară în vederea aplicării aceleiași unități de măsură tuturor situațiilor și în vederea restrângerii riscului de a se încerca apelarea la protecția legii insolvenței în scopuri ilicite, de către debitori care, în fapt, nu sunt supraîndatorați. Aceasta mai ales întrucât trebuie asigurat minimul de subzistență pentru familia debitorului pe perioada planului de plăți, iar minimul de subzistență raportat numai la veniturile debitorului rămâne subiectiv și generează lipsă de uniformitate în aplicarea legii.

De altfel, sunt deja identificate, în literatura de specialitate, patru *modele de măsurare* a supraîndatorării persoanei fizice: *modelul administrativ*, rezultat din statisticile oficiale privind procedurile de insolvență aplicabile persoanei fizice, judiciare sau extrajudiciare; *modelul subiectiv*, care pornește de la percepția individului/familiei asupra solvabilității și capacității sale de a-și onora angajamentele de plată; *modelul obiectiv* (cantitativ), fundamentat pe situația economico-financiară a individului/familiei, reflectată de raportul dintre datoriile scadente și veniturile curente nete, respectiv dintre datoriile totale și veniturile totale, împreună cu alte elemente ale activului patrimonial al acestuia; *modelul Life Cycle/Permanent Income*, un derivat al modelului obiectiv care încorporează veniturile viitoare în analiza comportamentului consumatorului, extinzând măsurarea veniturilor consumatorului și la resursele ce urmează a fi disponibile de-a lungul vieții^[4].

30. În majoritatea sistemelor de drept europene se face distincție între persoanele supraîndatorate din motive neimputabile și cele supraîndatorate din motive imputabile și cărora li se va aplica falimentul ca sancțiune pentru comportamentul financiar defec-tuos, cu consecința că nu li se acordă beneficiul scuzabilității, iar judecătorul va putea dispune decăderi profesionale și interdicții^[5] de a desfășura anumite activități de natura celor care au dus la insolvență. Termenul acestor decăderi și interdicții este de maximum 7 ani de la data închiderii procedurii.

Așadar, este *faliment scuzabil* falimentul personal (procedura de lichidare a bunurilor debitorului în vederea acoperirii creanțelor înscrise în lista creditorilor) care nu se dato-rează culpei grave, relei-credințe sau fraudei debitorului, ci unor conjuncturi economice și sociale nefavorabile. Rezultă că poate corespunde falimentului scuzabil oricare dintre următoarele situații: dacă debitorul nu a propus niciun plan de plăți din cauze indepen-dente de voința lui (lipsă totală de lichidități) sau dacă planul propus în termen a fost res-pins de judecător, iar motivele respingerii sunt, la rândul lor, străine de comportamentul procesual al debitorului; dacă planul de plăți a eșuat tot din motive neimputabile debi-torului; dacă debitorul cere direct falimentul personal, odată cu deschiderea procedurii,

[1] Prevăzut în art. 14 din Legea nr. 292/2011 a asistenței sociale (M. Of. nr. 905 din 20 decembrie 2011).

[2] Prevăzut în prezent de H.G. nr. 871/2013 pentru stabilirea salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată (M. Of. nr. 703 din 15 noiembrie 2013).

[3] Prevăzut de O.U.G. nr. 217/2000 privind aprobarea coșului minim de consum lunar (M. Of. nr. 606 din 25 noiembrie 2000).

[4] L. Bercea, Insolvența consumatorilor ca instrument de înlăturare a supraîndatorării, în Dreptul insolven-ței și instabilitatea economică, coord. R. Bufan, L. Bercea, Ed. Universul Juridic, 2013, p. 33-48.

[5] De exemplu, interdicția de a avea calitatea de administrator într-o societate sau aceea de a face parte din organele de conducere ale unei asemenea societăți.

demonstrând că nici în viitor nu va avea posibilitatea de a parcurge un plan de plăți, tot din motive neimputabile.

Fiind deja stabilit că scopul principal al procedurii falimentului este de a oferi debitorilor un nou început prin lichidarea activelor, procedura obligă creditorii să colaboreze cu debitorul, prin intermediul instanței, astfel ca niciun creditor să nu se îndestuleze în detrimentul altor creditori și astfel încât creanțele creditorilor chirografari să fie plătite proporțional cu valoarea lor, indiferent care ar fi aceasta.

Cu toate acestea, procedura de faliment poate funcționa numai dacă debitorul este onest, deoarece o mare parte a procesului depinde de divulgarea de către debitor a informațiilor lui financiare – venituri, cheltuieli, active și pasive. Nu trebuie permis ca procedura falimentului să fie pentru debitor un mijloc de a obține bani fără intenția de a-i înapoia, pentru că dacă s-ar proceda astfel, falimentul ar deveni o formă juridică de furt.

Prin urmare, falimentul depinde în mare măsură de buna-credință a debitorului.

În această materie, *buna-credință* reprezintă intenția debitorului onest de a folosi procedura insolvenței pentru a obține un nou început, scăpând de datoriile opresive generate fie de împrejurări independente de voința sa (cum ar fi datoriile medicale, pierderea locului de muncă, scăderea cifrei de afaceri) fie de greșita gestionare a activelor, dar fără culpă gravă. Cu alte cuvinte, debitorul nu poate împrumuta bani pe care el nu intenționează sau este conștient că nu poate să îi restituie. Deoarece buna-credință este necesară pentru atingerea scopului procedurii falimentului, judecătorul va sancționa lipsa de bună-credință prin respingerea cererii debitorului, fără a da debitorului descărcare de datorie, sau prin ridicarea suspendării executărilor silite care au împiedicat creditorii să execute bunurile sau veniturile debitorului în vederea plății datoriilor.

Deși buna-credință nu este definită de lege, jurisprudența a dezvoltat criterii pentru a stabili dacă debitorul persoană fizică, consumator sau în exercitarea unei profesii libere, se comportă cu bună-credință, analizând toate circumstanțele.

Unele instanțe străine^[1] au stabilit un set de întrebări-cheie utile atât lichidatorului, cât și judecătorului în scopul efectuării analizei asupra bunei-credințe, iar la ele se adaugă ori de câte ori apare o situație nouă:

- Informațiile financiare furnizate de debitor sunt complete și corecte?
- De ce a acumulat debitorul datorii? Reaua-credință va fi reținută în cazul în care datoria a luat naștere din motive necinstite sau în mod necinstit (de exemplu, dacă debitorul a suportat o datorie mare cu puțin timp înainte de depunerea cererii de intrare în procedura insolvenței).
- Debitorul a indus în eroare sau a acționat în fraudă creditorilor? (de exemplu, dacă cererea de credit a fost completată cu informații complete și corecte).
- Debitorul și-a supraestimat veniturile?
- Cum și-a administrat debitorul proprietățile? (de exemplu, a încercat să ascundă active sau a încercat să transfere active în beneficiul său sau în beneficiul celor apropiați, cum ar fi familia sau prietenii).
- Ce a determinat datoriile, împrejurări nefericite sau comportamentul iresponsabil sau pur și simplu acțiunile frauduloase ale debitorului?
- De ce debitorul depune direct cererea de intrare în procedura simplificată de faliment? (de exemplu, dacă procedura este utilizată pentru a se obține rezilierea unui anumit contract sau pentru evitarea unei anume datorii, unii debitori pot încerca să utilizeze

[1] De exemplu, Utrecht District Court, Olanda.

procedura falimentului pentru a ieși din contracte dezavantajoase, deoarece li s-au oferit contracte mai bune, după semnarea celor dintâi).

– Cât de mult efort a depus debitorul pentru plata datoriei sale? (și-a căutat alt loc de muncă sau încă un loc de muncă, iar dacă nu, de ce?).

Consecințele relei-credințe în procedura falimentului personal sunt următoarele: cererea poate fi respinsă, caz în care debitorul nu primește descărcarea de datorie și toate datoriile sale rămân în ființă, iar suspendarea de drept a executărilor silite nu operează, deci creditorii pot continua executările silite individuale împotriva debitorului; lipsa de bună-credință va duce la respingerea planului de plăți, iar fără confirmarea planului procedura se va transforma în faliment și, după lichidarea bunurilor sale, debitorul va fi ținut în continuare de toate datoriile anterioare închiderii procedurii, cu alte cuvinte, neprimind descărcare de datorie, el nu va beneficia de un *fresh start*.

CAPITOLUL XXIII. REGIMUL FISCAL AL INSOLVENȚEI

Secțiunea 1. Procedurile de prevenire a insolvenței

§1. Considerații introductive

1. Raportat la dificultățile de aplicare a dispozițiilor Legii nr. 381/2009^[1], în noua reglementare a fost introdusă obligativitatea creditorului bugetar de a efectua testul creditorului privat prudent/diligent; comparând cât poate recupera din creanță într-un concordat sau într-o insolvență, comparativ cu executarea silită individuală, acesta ar trebui să aleagă varianta cea mai bună pentru el, adică, în ultimă instanță, să consimtă de bună voie la reducerea creanței bugetare. Mai mult, conform dispozițiilor art. 13 alin. (3), art. 26, art. 27 și art. 30 din Codul insolvenței, creditorul bugetar este pus în situații care reprezintă o noutate în legislația de după Revoluție, deoarece ar trebui, practic, să negocieze creanța sa, să acorde scutiri, reșalonări la plată etc. Ușor de zis, dar mai greu de făcut.

Modificarea revoluționară în tratamentul creanței fiscale în procedurile de prevenire a insolvenței este ridicată la rang de principiu, și anume la principiul de la art. 4 pct. 10. Principiul se referă la „favorizarea, în procedurile de prevenire a insolvenței, a negocierii/renegocierii amiabile a creanțelor și a încheierii unui concordat preventiv”. În implementarea principiului la procedurile de prevenire a insolvenței, legea impune ca soluție *negocierea/renegocierea amiabilă a creanțelor* în vederea încheierii unui concordat. Aceeași soluție este prevăzută și la mandatul ad-hoc, definit în art. 5 pct. 36 ca o negociere între mandatar și creditori.

În prezent, legile speciale fiscale, cum ar fi Codul fiscal^[2] și Codul de procedură fiscală^[3], nu permit o asemenea negociere, ci doar acordarea unei reșalonări și apoi a unei remiteri parțiale de datorie privind accesoriile, însă doar în condițiile O.U.G. nr. 29/2011^[4], care reprezintă legea specială.

În conflictul dintre cele două legi speciale, cea fiscală și cea privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, legea fiscală își arogă întâietate prin dispozițiile exprese ale art. 1 alin. (3) C. fisc., care dispune că „în materie fiscală, dispozițiile prezentului cod prevalează asupra oricăror prevederi din alte acte normative, în caz de conflict între acestea aplicându-se dispozițiile Codului fiscal”. Acest conflict pozitiv de competență ar putea fi rezolvat și în alt sens: putem aprecia că legea insolvenței constituie dreptul comun special care prevalează asupra legii fiscale speciale, ceea ce ar justifica aplicarea noilor sale dispoziții, în concurs cu cele ale Codului fiscal.

[1] M. Of. nr. 870 din 14 decembrie 2009.

[2] Legea nr. 571/2003 privind Codul fiscal (M. Of. nr. 927 din 23 decembrie 2003).

[3] O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală (M. Of. nr. 941 din 29 decembrie 2003), republicată succesiv în M. Of. nr. 560 din 24 iunie 2004, în M. Of. nr. 863 din 26 septembrie 2005 și în M. Of. nr. 513 din 31 iulie 2007.

[4] O.U.G. nr. 29/2011 privind reglementarea acordării eșalonărilor la plată (M. Of. nr. 200 din 22 martie 2011).

În afara acestui conflict pozitiv de competență, dificultăți vor fi și din punct de vedere administrativ; creditorul bugetar nu mai este în poziția sa consacrată, obișnuită, ci într-una din care este, dintr-un anumit punct de vedere, obligat a-și negocia creanțele, deși, în opinia noastră, nu trebuie, pe fond, să ajungă la o veritabilă negociere, ci la o decizie rațională, bazată pe analize economice de finețe. Această decizie de „moderare” a creanței bugetare trebuie însoțită ierarhic printr-o procedură inexistentă în prezent, problema principală fiind cea a capacității administrației fiscale – ca sistem – de a se adapta acestei exigențe fără a expune la risc funcționarii publici care participă la luarea acestei decizii.

Este evident necesară coordonarea legii insolvenței cu o procedură internă la nivelul ANAF; lipsa unei proceduri speciale, bine proiectate și implementate, care evident va presupune o serie de verificări și aprobări ierarhice poate conduce în viitor la ineficiența dispozițiilor noii legi. Motivele sunt multiple: lipsa de exercițiu în astfel de proceduri, suspensiunile și bănuielele inerente în astfel de situații, absența unui corp de specialiști care să garanteze acuratețea estimărilor necesare etc.

§2. Testul creditorului privat

2. Conform pct. 71 al art. 5 – „Definiții”, testul creditorului privat urmărește a permite unui creditor bugetar să determine dacă, într-o procedură de prevenire a insolvenței/de reorganizare, poate obține mai mult decât ar fi obținut prin executarea silită individuală/falimentul debitorului.

Deși raportul de evaluare la care se referă legea – ca principal instrument al acestei proceduri – va fi întocmit de către un evaluator autorizat, desemnat de către creditorul bugetar, nu este greu de anticipat că toate previziunile sunt relative, iar fiabilitatea cifrelor, mai ales în faza de prevenire a insolvenței, destul de redusă; în special, în această fază este nevoie de mai mult decât de rapoarte de evaluare, având în vedere că debitorul nu se află, încă, în încetare de plăți, nu este sub controlul instanței, iar administratorul concordatar nu are aceeași putere de „investigare” a afacerilor debitorului. Dată fiind identitatea de atitudine prescrisă creditorului bugetar, este necesară o identitate de instrumente, ceea ce înseamnă că și în faza concordatului va fi necesară o proiecție a evoluției viitoare a afacerii, un cont de profit și pierdere și un *cash flow* previzionat etc.

Existența acestor dificultăți ne îndeamnă să prevedem și măsurile necesare ca în final fiscal să ia decizii raționale; în acest scop trebuie creat întregul cadru legal care să-i permită s-o facă: lista experților de specialitate, accesul la documentele debitorului, procedura internă de aprobare, instituirea unei supravegheri etc.

Aceleași probleme le ridică și dispozițiile art. 24 alin. (5): eventualele reduceri consimțite asupra creanțelor bugetare prin proiectul de *concordat preventiv* trebuie analizate de către acest creditor, care însă are nevoie de mult mai multe date decât un raport de evaluare, el fiind în poziția de a judeca evoluția viitoare a afacerii debitorului, de a o putea anticipa cu suficientă siguranță, ceea ce constituie o chestiune și de probabilitate, de probe etc. Acesta este un nou argument în susținerea necesității apariției unei categorii de specialiști denumită „expertul în diagnostic”, un personaj independent, de o probitate morală și competență profesională deasupra oricărei suspiciuni, responsabil în sens juridic (cu averea și libertatea sa) pentru diagnosticul pe baza căruia se vor discuta amânări, reșalonări sau reduceri ale creanțelor bugetare.

Atât în procedurile de prevenție, cât și în cele de insolvență propriu-zisă apreciem că este necesar și un mecanism de corecție în favoarea creditorului fiscal; dacă aface-

rile debitorului vor merge mai bine decât se estimase, creditorul fiscal trebuie să aibă siguranța că va putea recupera și o parte corespunzătoare din creanța redusă inițial în urma testului creditorului privat. Spre exemplu, la o reorganizare în care rezultatele întrec prognozele, trebuie creat mecanismul prin care excedentul ajunge la creditorii care au consimțit la sacrificii, în așa fel încât această măsură să nu mai depindă de acordul unei anumite majorități care ar trebui întrunită pentru modificarea planului, deci să se obțină un fel de corecție automată.

O altă problemă specifică concordatului derivă din aceea că reducerea de creanțe poate fi diferită pentru diferiți creditori, indiferent de clasa de creditori; principiul de la art. 4 pct. 4, consacrat în lege, nu este aplicabil, deoarece se referă doar la creditorii de același rang, or se pune problema existenței unui rang și apoi a regimului comparativ cu alți creditori. Efectul asupra creditorului fiscal este că acesta va consimți la o reducere a creanței doar dacă alți creditori, cu poziție mai labilă într-o eventuală insolvență, vor fi consimțit și ei la reduceri de creanțe, fără ca această „condiție” să fie prevăzută expres de lege. De asemenea, trebuie clarificat ce se va reduce din creanța fiscalului, adică debit sau accesorii; considerăm ca micșorarea accesoriilor ar trebui discutată, mai întâi, motivat de stabilitatea monetară, caracterul lor parțial de sancțiune etc.

În ceea ce privește dispozițiile art. 30 alin. (2), este discutabil în ce măsură se poate impune fiscalului să consimtă o amânare cu 18 luni a scadenței, cu toate consecințele și asupra accesoriilor. În opinia noastră, amânarea, cu constituirea de garanții personale, va reprezenta în opinia fiscalului prima soluție, urmată apoi de scutire de la plata accesoriilor și doar în ultimă instanță se va apela la amputarea principalului.

În privința interpretării textului asupra atribuțiilor administratorului concordatar [art. 19 lit. c)], trebuie precizat că, *de lege lata*, disputele cu creditorul fiscal nu se pot soluționa pe cale amiabilă, ci doar prin procedura expres prevăzută prin Codul de procedură fiscală și, în etapa ulterioară, prin cea reglementată în Legea nr. 554/2004^[1]. Posibilitatea soluționării pe bază de proceduri care ar putea fi apropiate de o cale amiabilă are unele resorturi în soluția fiscală anticipată (SFIA) și în acordul de preț în avans (APA), conform dispozițiilor art. 42 C. proc. fisc.

Conform dispozițiilor art. 30 alin. (3), concordatul poate fi opozabil creditorilor bugetari, în sensul că le poate diminua creanțele, așa cum s-a stabilit în urma negocierilor la care, să presupunem, fiscalul nu a acceptat astfel de reduceri, dar, deținând sub 25% din masa credală, se vede în poziția de a i se opune un concordat omologat. Acest mecanism va forța practic creditorul fiscal să intre în „negocieri” și atunci când deține sub 25% din masa credală.

Considerăm că definiția de la pct. 17 (al art. 5) a concordatului ca un contract, în care însă creditorii ar trebui să sprijine eforturile debitorului de a depăși dificultățile, excede cadrului concordatului, în care ar trebui urmărită doar plata creanțelor, cel puțin din perspectiva creditorului bugetar/fiscal.

Concordatul presupune întocmirea unui plan de redresare ce urmează a sta la baza contractului de concordat, fără ca planul de redresare să aibă un conținut minim pre-determinat, așa cum are planul de reorganizare; este o situație explicabilă, deoarece la concordat suntem în faza primelor dificultăți, administratorul concordatar nu are un drept de supraveghere definit al debitorului etc., deci nu i se pot impune acestuia din urmă măsuri de același gen. Dar acest caracter vag al planului vine în contradicție cu

[1] Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004 (M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004).

nevoia creditorului fiscal de a urmări modul de implementare a planului, pentru a sesiza eventualele derapaje, dar și posibilitatea de a recupera mai mult decât s-a negociat inițial.

Secțiunea a 2-a. Fiscalitatea perioadei anterioare deschiderii procedurii

§1. Recalcularea profitului/pierderii

3. a) În perioadă anterioară deschiderii procedurii, regimul fiscal al debitorului este cel de drept comun. Odată, însă, cu deschiderea procedurii, administratorul desemnat are atribuția și obligația de a verifica operațiunile încheiate în perioada suspectă de 2 ani anteriori, putând *anula unele acte făcute în paguba creditorilor*. În cazul în care va proceda la anularea unor astfel de acte, în general transferuri de bunuri la prețuri derizorii, va corecta rezultatele financiare ale perioadei și baza impozabilă aferentă cu aceste ajustări, operațiuni din care pot rezulta obligații mai mari către stat, datorită „reconsiderării” unor operațiuni caracterizate inițial prin venituri mai mici (preț vânzare derizoriu) și cheltuieli deductibile mai mari (valoare rămasă) sau ca urmare a anulării „actelor comutative dezechilibrate”. În acest caz obligațiile fiscale mai mari, stabilite pentru perioade anterioare, vor atrage accesorii (dobânzi, majorări) care vor conduce la creșterea masei pasive.

b) Pentru a nu se denatura ordinea legală a distribuirii, administratorul judiciar va verifica regularitatea și sinceritatea situațiilor financiare din cei 5 ani anteriori; de regulă, în perioadă anterioară încetării plăților, comercianții încearcă să mascheze pierderile, înregistrând ca active bilanțiere anumite sume ce ar fi trebuit înregistrate pe cheltuieli, astfel: cheltuieli în avans, sume în curs de clarificare, producție neterminată supraevaluată etc. Probabilitatea de a identifica astfel de manopere este foarte mare, deoarece, de regulă, insolvența este expresia insolvabilității, a preponderenței pasivului față de activ; în majoritatea cazurilor de societăți insolvente, lipsa de cash este consecința unei activități deficitare, a pierderilor acumulate, ori menținerea artificială în viață a acestor societăți și prin credite bancare înseamnă inclusiv „cosmetizarea” bilanțului pentru a putea continua creditarea. În acest caz, practicianul în insolvență va modifica/va solicita rectificarea corespunzătoare a contului de profit și pierderi al exercițiului financiar în care au fost identificate, pentru a aplica corespunzător dispozițiile art. 26, alin. (1) C. fisc., ce dispune că „pierderea anuală, stabilită prin declarația de impozit pe profit, se recuperează din profiturile impozabile obținute în următorii 5 ani consecutivi”, respectiv art. 26 alin. (5), care prevede, începând din 2009, un termen de 7 ani.

În cazul în care se descoperă astfel de erori sau alterări ale situațiilor financiare, profitul declarat se va diminua sau se va transforma în pierdere, cu consecința diminuării masei credale, atât cu diferența de impozit (pe profit și dividende), cât și cu accesoriile (majorări, dobânzi etc.) aferente.

Din punctul de vedere al procedurii fiscale, este posibil ca, deși administratorul judiciar să fi identificat pierderi în exercițiile anterioare, societatea debitoare, care declarase profituri nereale, să fi constituit obiectul verificării fiscale, iar decizia de impunere emisă în urma inspecției fiscale să nu fi fost contestată. În acest caz, decizia de impunere neatacată în termenul legal rămâne definitivă, iar practicianul în insolvență se va vedea nevoit să impute sumele reprezentând impozit pe profit, dividende, accesorii etc. persoanelor

vinovate, și anume administratorul, directorul financiar și cenzorii/auditorii care au semnat și certificat situațiile financiare și declarațiile fiscale.

§2. Regimul provizioanelor

4. La orice operator economic, evidențierea unor facturi emise asupra unui client neîncasat, mai vechi de 270 zile, dă dreptul la constituirea unui *provizion fiscal* deductibil într-o proporție cuprinsă între 20 și 30%, astfel:

- 20% începând cu data de 1 ianuarie 2004, 25% începând cu data de 1 ianuarie 2005;
- 30% începând cu data de 1 ianuarie 2006, din valoarea creanțelor asupra clienților, conform dispozițiilor art. 22 alin. (1) lit. c) C. fisc.

În aplicarea acestor dispoziții, Normele Metodologice^[1] prevăd, la pct. 53, următoarele: „Valoarea provizioanelor pentru creanțele asupra clienților este luată în considerare la determinarea profitului neimpozabil în trimestrul în care sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 22 (...)”.

Din cauza interpretărilor diferite la care această formulare a dat naștere, textul trebuie reformulat explicit în sensul în care provizionul poate fi constituit oricând după împlinirea celor 270 de zile, deci „începând cu trimestrul” și nu „în trimestrul”; în interpretarea literală a textului actual al normelor s-ar putea înțelege că, dacă provizionul nu a fost constituit în trimestrul în care se împlinesc cele 270 de zile și numai în acel trimestru, el nu va mai putea fi constituit ca provizion deductibil fiscal în trimestrele următoare.

Apreciem, de asemenea, că termenul de 270 de zile este excesiv și că ar trebui corelat cu termenul de 60 de zile prevăzut la art. 5 pct. 20 din Codul insolvenței; astfel, provizionul fiscal deductibil ar putea fi constituit după trecerea a 60 de zile, termen ce coincide cu data nașterii dreptului creditorului de a cere deschiderea procedurii insolvenței. De asemenea, considerăm ca excesive, în prezent (anul 2014) unele din condițiile puse pentru a admite deductibilitatea provizioanelor; spre exemplu, cea ca debitorul să nu fie persoana afiliată, deoarece legea permite verificarea prețurilor de transfer și între societăți afiliate rezidente, și condiția ca acea creanță să nu fie garantată, știind că unele tipuri de garanțare, spre exemplu, cu bilete la ordin, nu au în fapt nicio eficiență.

Secțiunea a 3-a. Deschiderea procedurii

§1. Regimul majorărilor, dobânzilor, penalităților

5. În sensul utilizat în prezent, calcularea de *accesorii unei creanțe* înseamnă a-i adăuga dobânzi, penalități și/sau majorări; pentru identificarea acestor accesorii, legea fiscală folosește denumiri diferite, variabile în timp. Rolul economic esențial al acestor accesorii constă în aceea că ele reprezintă o modalitate de conservare a valorii unei creanțe, punând la adăpost pe creditorul ce le poate invoca împotriva erodării valorii reale a creanței sale din cauza inflației etc. Aceste accesorii au și un rol educațional important, reprezentând o sancțiune pentru încălcarea obligației legale de plată a debitului principal la termenul legal.

Pentru societățile aflate sub incidența dispozițiilor Codului insolvenței, următoarele texte legale sunt pertinente:

^[1] Normele Metodologice din 2004 de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal (M. Of. nr. 112 din 6 februarie 2004).

Articolul 80: „(1) Nicio dobândă, majorare sau penalitate de orice fel ori cheltuială, numită generic accesorii, nu va putea fi adăugată creanțelor născute anterior datei deschiderii procedurii, cu excepția situațiilor prevăzute la art. 103. (2) În cazul în care se confirmă un plan de reorganizare, dobânzile, majorările ori penalitățile de orice fel sau cheltuielile accesorii la obligațiile născute ulterior datei deschiderii procedurii generale se achită în conformitate cu actele din care rezultă și cu prevederile programului de plăți. În cazul în care planul eșuează, acestea se datorează până la data deschiderii procedurii falimentului”.

Articolul 103: „Creanțele beneficiare ale unei cauze de preferință se înscriu în tabelul definitiv până la valoarea de piață a garanției stabilită prin evaluare, dispusă de administratorul judiciar sau de lichidatorul judiciar, efectuată de un evaluator desemnat potrivit prevederilor art. 61. În cazul în care valorificarea activelor asupra cărora poartă cauza de preferință se va face la un preț mai mare decât suma înscrisă în tabelul definitiv sau în tabelul definitiv consolidat, diferența favorabilă va reveni tot creditorului garantat, chiar dacă o parte din creanța sa fusese înscrisă drept creanță chirografară, până la acoperirea creanței principale și a accesoriilor ce se vor calcula conform actelor din care rezultă creanța, până la data valorificării bunului. Această prevedere se aplică și în cazul eșuării planului de reorganizare și vânzării bunului în procedura de faliment”.

Aceste dispoziții se coroborează cu cele ale Codului de procedură fiscală. Textul corespondent din Codul de procedură fiscală, și anume art. 122¹, intitulat „Dobânzi și penalități de întârziere în cazul deschiderii procedurii insolvenței”, a cunoscut repetate modificări, inclusiv o formă mai favorabilă contribuabilului comparativ cu textul Legii nr. 85/2006, cea care dispunea că „nu se mai datorează și nu se mai calculează obligații fiscale accesorii pentru creanțele înscrise la masa credală și pentru cele rezultate din activitatea curentă”, respectiv „pentru creanțele fiscale născute anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței nu se datorează și nu se calculează majorări de întârziere după data deschiderii procedurii insolvenței” etc. Conform acestor dispoziții, fiscalul nu a calculat accesorii nici la creanțele fiscale garantate.

În prezent, Codul de procedură fiscală nu mai conține o reglementare proprie, același articol trimițând la legea specială, legea care reglementează insolvența: „În cazul contribuabililor cărora li s-a deschis procedura insolvenței, pentru creanțe fiscale născute anterior sau ulterior datei deschiderii procedurii insolvenței se datorează dobânzi și penalități de întârziere conform legii care reglementează această procedură”.

Din textele citate rezultă următoarele concluzii:

- regula este aceea că, pentru creanțele ce nu beneficiază de o cauză (drept) de preferință, inclusiv pentru creanțele fiscale care nu sunt garantate, nu se mai calculează accesorii de la data deschiderii procedurii; regula este valabilă atât pentru creanțele născute anterior deschiderii procedurii, cât și pentru cele născute după deschiderea procedurii, respectiv în perioada de observație sau în procedura de faliment;

- este permisă calcularea de accesorii la orice creanță beneficiară a unei cauze (drept) de preferință, indiferent de faza procedurii în care ne găsim, cu singura condiție ca prețul evaluat și, respectiv, cel obținut din vânzare să acopere integral valoarea creanței și a accesoriilor. Data limită până la care se pot calcula aceste accesorii este data vânzării bunului, suma încasată nemaiproducând accesorii până la data distribuirii.

- o altă excepție de la regulă o constituie aprobarea unui plan de reorganizare; în acest caz, creanțele născute după deschiderea procedurii vor beneficia de calcularea de

accesorii în măsura în care programul de plăți le prevede, deci în măsura în care creditorii au aprobat includerea lor în plan.

Observăm că, din aplicarea concomitentă a celor 2 excepții, rezultă că se calculează accesorii atât la creanțele beneficiare de o cauză (drept) de preferință, dacă suma de valorificare a bunului o permite, cât și la creanțele pentru care planul de reorganizare prevede aceasta. Excepțiile se aplică concomitent, astfel că planul nu poate prevedea că nu se calculează accesorii la creanțele beneficiare de drepturi de preferință, dacă valoarea reală a bunurilor garantate o permite.

§2. Alte efecte fiscale

6. Creditorul are dreptul la constituirea unui provizion (contabil) de peste 20-30%, după caz, în funcție de propriile sale estimări, însă cheltuiala cu provizionul de peste 20%, respectiv 30%, este o cheltuială nedeductibilă fiscal. Din perspectiva TVA, deschiderea procedurii nu are efecte asupra TVA colectate aferente facturilor emise asupra debitorului, deci nu se ajustează (diminuează) TVA respectivă.

În ce ne privește, considerăm că, încă de la deschiderea procedurii, creditorii chirografari care dețin creanțe verificate și admise la masa credală ar trebui să beneficieze de posibilitatea de a constitui provizioane deductibile fiscal în proporție de 100%, dar și de dreptul la reducerea (ajustarea) bazei de impozitare a TVA. Justificarea acestui regim fiscal la momentul deschiderii procedurii se găsește, printre altele, în :

- prezumția de nerecuperare a creanțelor (statistic confirmată);
- lipsa rațiunii de a credita statul cu aceste sume până la închiderea procedurii (art. 90 din Directiva TVA nr. 2006/112/CEE).

Deschiderea procedurii constituie un moment important și pentru practicianul desemnat: considerăm că administratorul judiciar ar trebui să solicite *control fiscal* exhaustiv pentru perioada de prescripție fiscală, atât cea controlată, cât și cea necontrolată. Spre exemplu, într-o procedură deschisă la 01.11.2013, pentru care perioada fiscală neprescrisă este situată între 01.01.2008 și 31.10.2013 [art. 91 alin. (2) C. pr. fisc.], iar perioada deja controlată este 01.01.2008 – 31.12.2010 (perioadă „închisă” din punct de vedere fiscal), controlul fiscal se poate efectua pentru 2011-2013, dar, în anumite cazuri, și asupra perioadei deja verificate.

Astfel, administratorul judiciar poate solicita verificarea declarațiilor fiscale anterioare ale societății, mai ales în cazul în care s-a declarat profit imposibil; intrarea în procedura insolvenței naște o prezumție simplă de activitate desfășurată în pierdere măcar în ajunul deschiderii procedurii (insolvența este semnul exterior al insolvabilității).

Dacă perioada controlată (închisă) are declarat profit fiscal, practicianul trebuie să solicite un nou control, pe aceeași perioadă, dacă descoperă acte/fapte noi, cum ar fi:

- trecerea ulterioară pe cheltuieli a unor sume ce figurau în producția în curs, în operațiuni în curs de lămurire, debitori și clienți neîncasați etc. (neprovizionati fiscal);
- înregistrarea pe cheltuieli a unor facturi ce aparțin exercițiilor financiare anterioare.

Din perspectiva legii fiscale, în acest caz sunt aplicabile dispozițiile art. 105¹ C. pr. fisc., „Reguli privind reverificarea”, care dispun următoarele: „(1) Prin excepție de la prevederile art. 105 alin. (3), conducătorul inspecției fiscale *poate* (s.n.) decide reverificarea unei anumite perioade. (2) Prin reverificare se înțelege inspecția fiscală efectuată ca urmare a apariției unor date suplimentare necunoscute inspectorilor fiscali la data efectuării verificărilor, care influențează rezultatele acestora. (3) Prin date suplimentare se înțelege

informații, documente sau alte înscrisuri obținute ca urmare a unor controale încrucișate, inopinate ori comunicate organului fiscal de către organele de urmărire penală sau de alte autorități publice ori obținute în orice mod de organele de inspecție, de natură să modifice rezultatele inspecției fiscale anterioare”.

În baza dispozițiilor art. 105 alin. (1) C. proc. fisc., considerăm că organul fiscal competent ar trebui sesizat cu o cerere de reverificare a perioadei deja controlate pe baza apariției unor elemente noi (date suplimentare și erori), respectiv a pierderilor mascate. În aceste cazuri, deși textul legal lasă aprobarea la latitudinea conducătorului organului fiscal respectiv, considerăm că acesta are obligația de a aproba reverificarea; aplicarea legii trebuie să fie făcută pe bază de principii, de reguli, iar descoperirea unor elemente care au afectat sinceritatea și realitatea situațiilor financiare constituie motiv de reverificare indiferent dacă rezultatul ar fi „favorabil” sau „nefavorabil” fiscalului. Nu se poate lua o decizie de reverificare doar când se așteaptă creșterea masei impozabile, ci în toate cazurile în care nu s-au respectat principiile și regulile contabilității și ale fiscalității; în caz contrar, am fi în prezența „statului bunului plac al funcționarilor”, nu al statului de drept.

În cazul în care organul fiscal ajunge la concluzia/soluția negativă (nu se reface controlul), practicianul trebuie să procedeze la atragerea răspunderii organelor de conducere pentru declararea de informații fiscale incorecte (nereale), răspundere civilă de natură delictuală (prejudiciul este egal cu impozitul nedatorat sau cu pierderea fiscală reportabilă diminuată). În acest context trebuie amintit că, în conformitate cu dispozițiile legale, administratorul statutar răspunde pentru organizarea contabilității, iar directorul financiar răspunde pentru ținerea contabilității (Legea contabilității^[1], art. 10).

În cazul în care organul fiscal sesizat adoptă soluția pozitivă (refacerea inspecției fiscale), atunci noile constatări ale inspecției fiscale sunt opozabile administratorilor statutari ai societății și directorului financiar din perioada respectivă. Aceasta înseamnă însă că, pentru apărarea punctului de vedere al conducerii societății, la controlul fiscal (01.01.2008 – 31.10.2013) trebuie antrenat și șeful departamentului financiar-contabil din acea perioadă, pentru ca rezultatele inspecției fiscale să-i fie opozabile.

§3. Tabelul de creanțe: creanțele bugetare

7. În conformitate cu dispozițiile art. 105 alin (2) din Codul insolvenței, „nu sunt supuse acestei proceduri (de verificare) creanțele bugetare rezultând dintr-un titlu executoriu necontestat în termenele prevăzute de legi speciale”. Considerăm că textul, ce conferă o prezumție puternică de adevăr *titlului executoriu*, poate rămâne nemodificat doar dacă se modifică textul art. 105¹ alin. (1) C. pr. fisc. în sensul că, prin excepție de la art. 105 alin. (3), conducătorul inspecției fiscale *trebuie* (nu „poate”) să aprobe reverificarea în cazul apariției unor situații noi.

În cazul în care rămâne la aprecierea conducerii organului fiscal dacă se reverifică o anumită perioadă, considerăm că textul legal trebuie modificat astfel încât practicianului în insolvență să nu-i fie opozabilă necontestarea titlului executoriu de către administratorul statutar. Nevoia de legalitate, stabilitate și echitate impune ca toți creditorii să fie tratați în același mod, iar cei ce și-au constituit titluri de creanță neadevărate trebuie sancționați.

^[1] Legea contabilității nr. 82/1991 (M. Of. nr. 265 din 27 decembrie 1991), republicată succesiv în M. Of. nr. 20 din 20 ianuarie 2000, în M. Of. nr. 629 din 26 august 2002, în M. Of. nr. 48 din 14 ianuarie 2005 și în M. Of. nr. 454 din 18 iunie 2008.

Secțiunea a 4-a. Fiscalitatea perioadei de observație

§1. Considerații introductive

8. Una dintre revendicările majore ale „practicienilor” insolvenței, adică atât practicienii propriu-ziși, cât și judecătorii sindici, a constat în cerința definitivării, cât mai urgente, a tabelului de creanțe, pentru a avea securitatea/siguranța necesară că deciziile sunt luate de către creditorii cu adevărat îndreptățiți. În noua lege acest imperativ este cu atât mai necesar, cu cât, conform dispozițiilor art. 49 alin. (3), dacă se dovedește că o decizie a adunării creditorilor a fost viciată de votul unor creditori ce se dovedește ulterior că nu aveau calitate, se poate reveni asupra sa, cu toate consecințele ce derivă dintr-o atare situație.

În acest context, fiscalul a fost de acord să limiteze perioada în care trebuie să-și definitiveze creanța la un interval de maximum 60 de zile de la notificarea, în BPI, a deschiderii procedurii [art. 102 alin. (1)]. Conform dispozițiilor art. 102 alin. (1), fiscalul are obligația de a efectua *inspecția fiscală* în termen de cel mult 60 de zile de la deschiderea procedurii, de a emite decizia de impunere (nu doar Raportul de inspecție fiscală, așa cum spune textul legal), pentru a-și putea definitiva creanța de înscris în tabelul creanțelor cu titlu de creanță bugetară:

„Sunt creanțe anterioare și creanțele bugetare constatate printr-un raport de inspecție fiscală întocmit ulterior deschiderii procedurii, dar care are ca obiect activitatea anterioară a debitorului. În termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, organele de inspecție fiscală vor efectua inspecția fiscală și vor întocmi raportul de inspecție fiscală, potrivit prevederilor Ordonanței Guvernului nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Creditorii bugetari vor înregistra cererea de admitere a creanței în termenul prevăzut la art. 100 alin. (1) lit. b), urmând ca, în termen de 60 de zile de la data publicării în BPI a notificării privind deschiderea procedurii, să înregistreze un supliment al cererii de admitere a creanței inițiale, dacă este cazul”.

Efortul considerabil al ANAF conduce la clarificarea situației debitorului, care „se naște” fără datorii fiscale în procedură, astfel încât posibilitatea cererii de faliment pentru astfel de datorii născute ulterior deschiderii procedurii, și mai ales pentru datorii constatate de fisc, dar contestate de către debitor, va fi destul de redusă. Astfel, în ce privește impozitul pe profit, acesta va fi datorat doar în cazuri de excepție, societatea având în mod normal pierdere fiscală raportată la perioada anterioară; TVA de plată este greu de crezut că va apărea, deoarece în faza de recesiune a unei afaceri greu se poate adăuga valoare nouă. Singurele datorii probabile sunt cele pentru impozite și contribuții din salarii, precum și impozitele și taxele locale, care sunt însă relativ ușor de determinat chiar în contradictoriu cu fiscalul.

În schimb, fiscalul a solicitat și a obținut o procedură de notificare a fiecărei cereri de deschidere a procedurii fie direct, de la debitor, când acesta o solicită [art. 66 alin. (1)], fie prin intermediul instanței, atunci când un creditor cere deschiderea procedurii [art. 72 alin. (2)]. O astfel de poziție este justificată de utilizarea eficientă a timpului rămas până la decăderea din dreptul de declarare a creanței, în condițiile în care resursele umane ale fiscalului sunt și ele limitate, ba mai mult, au fost încărcate și cu gestiunea contribuțiilor sociale obligatorii.

În schimb, în această perioadă, chiar foarte scurtă, s-ar putea ca fiscalul să încerce să-și consolideze poziția, constituindu-și ipoteci, sechestre etc., pe anumite bunuri ale debi-

torului; o astfel de procedură pare a veni în conflict cu principiul prevăzut la pct. 6 de la art. 4 care se referă la „recunoașterea drepturilor existente ale creditorilor și respectarea ordinii de prioritate a creanțelor, având la bază un set de reguli clar determinate și uniform aplicabile”. Acest principiu se poate opune creării de regimuri preferențiale pentru anumiți creditori în perioada imediat anterioară deschiderii procedurii. Astfel, obligația de anunțare a fiscoiului despre depunerea unei cereri de deschidere a procedurii, prevăzută la art. 66 alin. (1) și art. 72 alin. (2), ar trebui să nu poată conduce la înscrierea, în acea perioadă, în beneficiul creditorului fiscoi, a unei ipotece sau a unui sechestru etc.

Pe de altă parte, există o anumită justificare a acestei priorități: fiscoiul nu-și poate evalua situația decât pe baza declarațiilor contribuabilului sau pe rezultatul inspecțiilor fiscale, astfel încât declarația „de insolvență” a contribuabilului poate constitui o prezumție că datoriile fiscale reale – nedeclarate – sunt mult mai mari decât cele din evidența fiscoiului.

O cerință aparent importantă a fiscoiului nu a putut fi preluată în textul noii reglementări, deși un acord de principiu a fost realizat; este vorba despre cerința de a se păstra competența instanțelor de contencios administrativ-fiscal de a decide soarta creanțelor fiscale născute după deschiderea procedurii.

Textul legal [art. 75 alin. (3)] are următoarea formulare, care duce în competența judecătorului-sindic aceste acțiuni: „Nu sunt supuse suspendării prevăzute la alin. (1) acțiunile judiciare pentru determinarea existenței și/sau cuantumului unor creanțe asupra debitorului, născute după data deschiderii procedurii. Pentru astfel de acțiuni se va putea formula, pe parcursul perioadei de observație și de reorganizare, cerere de plată ce va fi analizată de către administratorul judiciar cu respectarea prevederilor art. 106 alin. (1), care se aplică în mod corespunzător, fără ca aceste creanțe să fie înscrise în tabelul de creanțe. Împotriva măsurii dispuse de către administratorul judiciar se va putea formula contestație cu respectarea art. 59 alin. (5), (6) și (7)”.

Justificarea acestei opțiuni a legiuitorului constă în teama ca fiscoiul să nu stabilească, după deschiderea procedurii, creanțe mult superioare celor efectiv și legal datorate de către debitor, care, până la soluționarea lor definitivă, să compromită soarta debitorului; în plus, cerința celerității, privită prin prisma termenului maxim de 12 luni a perioadei de observație, calculate de la data deschiderii procedurii [art. 112 alin. (3)], s-ar opune soluției care dă aceste chestiuni în competența instanțelor de contencios, știut fiind că un astfel de proces, în faza administrativă și în cea judiciară, durează cel puțin 2 ani.

§2. Principalele repere

9. Perioada de observație este cea care începe odată cu deschiderea procedurii și se încheie fie la începerea reorganizării, fie la intrarea în faliment consecutivă neaprobării niciunui plan de reorganizare.

Până la stabilirea de către adunarea creditorilor a modalității de continuare a procedurii, în cursul perioadei de observație activitatea societății poate continua. În cazul în care activitatea societății continuă în perioada de observație, exploatarea poate genera profit, în sensul că veniturile sunt în cuantum mai mare decât cheltuielile efectuate pentru realizarea acestora. Orice profituri însă trebuie să servească satisfacerii creditorilor societății, dar, dată fiind intrarea acesteia în procedura insolvenței, nu se mai pot face plăți decât în condițiile legii, orice distribuire trebuind să respecte ordinea de prioritate a creanței și proporționalitatea gradului de îndestulare a creditorilor din aceeași categorie. În acest fel, nu s-ar putea susține că societatea realizează profit dacă activitatea de după deschiderea

procedurii produce venituri mai mari decât cheltuielile și dacă în cursul aceleiași exercițiu financiar au fost angajate cheltuieli, care nu au fost efectuate (plătite), iar creditorii care au finanțat respectivele cheltuieli sunt înscrși la masa credală și nu pot recupera creanța decât înscriindu-se la masa credală. Profitul realizat de societate la sfârșitul exercițiului financiar trebuie, însă, calculat luându-se în considerare și aceste datorii neplătite, care se constituie în cheltuieli ale exploatării aferente respectivului an.

Pe de altă parte, conform art. 26 C. fisc., pierderea anuală, stabilită prin declarația de impozit pe profit, se recuperează din profiturile impozabile obținute în următorii 5 (7) ani. Datoriile neonorate ale societății din anii anteriori intrării în procedură vor genera de regulă pierdere fiscală care se va imputa asupra profitului realizat în anul intrării în procedura Legii insolvenței.

§3. Obligațiile practicianului

10. a) Analiza clienților/debitorilor neîncasați și promovarea de acțiuni constituie o obligație imediată a practicianului, deoarece riscul de prescripție îl suportă și administratorul judiciar în cazul în care creanța se prescrie după desemnarea sa.

Pentru a se evita astfel de fenomene, ar fi fost binevenită legiferarea unui text care să permită suspendarea prescripției pentru 1-3 luni în favoarea societății în insolvență, având în vedere dificultatea (uneori) de a identifica clienții/debitorii societății în insolvență și probele necesare. Acest aspect are consecințe fiscale și asupra debitorilor care nu mai pot fi încasați, aceștia urmând a fi notificați în sensul de a-și constitui venituri impozabile aferente acestor sume ce nu mai pot fi executate [art. 21 alin. (4) lit. o) C. fisc.].

În această perioadă, în baza dispozițiilor art. 3 pct. 14 din Legea nr. 85/2006/art. 5 pct. 2 din cod, debitorul va continua activitățile și lucrările contractate (fapte de comerț și operațiuni financiare), fără a întreprinde operațiuni neobișnuite. Astfel, se va continua și aplica calculul amortizării fiscal deductibile, cât și obligația depunerii declarațiilor fiscale. Trebuie precizat că, în toate etapele anterioare falimentului, nu se modifică dispozițiile referitoare la exercițiul fiscal.

În ce privește atribuțiile conferite în această perioadă practicianului în insolvență, considerăm că, în temeiul atribuției de supraveghere, administratorul judiciar semnează („contrasemnează”) și declarațiile fiscale/bilanțurile; în consecință răspunde și pentru accesorii, contravenții etc., stabilite de organele fiscale.

b) Atât în perioada de observație, cât și în reorganizare contribuțiile sociale prezintă un risc major derivat din posibilitatea recalificării unor activități ca dependente. Practicianul trebuie să acorde atenție la impozitarea cu contribuții a persoanelor angajate în alte forme decât contract de muncă în cazurile în care trebuie efectuate rețineri la sursă, iar contractele nu prevăd clar/distinct sarcina suportării/plătii acestor obligații. Spre exemplu, convențiile civile (muncitori angajați pentru anumite operațiuni cum ar fi curățenie, demontat utilaje etc.), contractele încheiate cu persoane fizice autorizate (contabilitate) etc.; în prezent, baza de calcul a acestor contribuții a fost transferată în Codul fiscal la Titlul IX².

Noul art. 7 alin. (1) pct. 2.1. C. fisc. permite fiscoi să procedeze la recalificarea unor venituri în venituri de natură salarială la îndeplinirea condițiilor prevăzute în lit. a)-d); condițiile sunt alternative, îndeplinirea oricăreia conducând la recalificarea sumei plătite în venituri de natură salarială cu consecința calculării de impozite și contribuții. Acest text nou coexistă cu pct. 67 din Normele Metodologice date în aplicarea art. 55 C. fisc., considerat desuet, care prevede însă condiții cumulative.

§4. Clasificarea obligațiilor fiscale pentru distribuire

11. *Obligațiile fiscale* născute în această perioadă și neplătite pot fi calificate diferit din punctul de vedere al priorității lor la o viitoare distribuire, astfel:

– impozitele și taxele pe clădiri, terenuri, mijloace de transport etc., sunt în practică considerate cheltuieli de conservare și administrare a bunurilor;

– impozitele și taxele aferente continuării activității (spre exemplu, impozit pe salarii, TVA etc.) pot fi considerate cheltuieli bugetare, dar și cheltuieli clasificate la prioritatea prevăzută de art. 123 pct. 3/art. 161 pct. 5.

În această optică, practic toate creanțele fiscale, născute după deschiderea procedurii, nu vor mai fi clasificate ca creanțe bugetare, aici urmând a fi incluse, *per a contrario*, doar cele născute înaintea deschiderii procedurii.

Practica nu a consacrat o anumită orientare în ce privește alocarea acestor datorii fiscale la pozițiile de la art. 123 pct. 1, 2 sau 4 din Legea nr. 85/2006 în funcție de natura lor; considerăm însă că o analiză a acestor datorii pe naturi este utilă pentru a preveni, spre exemplu, perseverarea într-o reorganizare fără șanse etc. Argumentul principal în favoarea acestei teze îl constituie egalitatea de tratament a creditorilor care susțin activitatea societății debitoare după deschiderea procedurii; în acest „conkurs” fiscal nu trebuie să fie nici prioritizat, dar nici dezavantajat, ci trebuie să aibă același regim ca și ceilalți creditori care susțin (creditează) activitatea debitoarei.

Secțiunea a 5-a. Fiscalitatea reorganizării

§1. Considerații generale

12. Atât în perioada de observație, cât și în reorganizare, societatea debitoare este prezumată a se comporta ca orice alt agent economic (comerciant) într-o activitate normală, plătind impozitele prescrise de lege, TVA, accize etc. Prezumția de întreprindere aflată în stare de normalitate conduce și la importante consecințe fiscale. Societatea aflată în reorganizare nu poate beneficia de un tratament fiscal mai favorabil comparativ cu cel de care se bucură ceilalți operatori economici concurenți; prin urmare, orice *reducere (remitere) de datorii* ce i se acordă prin planul de reorganizare constituie un venit impozabil, tocmai pentru a nu se denatura concurența. Dar, în prezent, adoptarea unui plan nu conferă dreptul de ajustare a TVA, astfel încât creditorul trebuie să aștepte intrarea în faliment și chiar închiderea procedurii falimentului pentru a-și putea ajusta (diminua) baza de impozitare cu TVA, conform dispozițiilor art. 138 lit. d) C. fisc.

Conform ghidului dat în aplicarea TVA, emis de Ministerul Finanțelor Publice, referitor la tranzacțiile menționate la art. 138 lit. d) C. fisc., se menționează faptul că „*trebuie apreciat faptul că această prevedere este necesară pentru menținerea neutralității și transparenței sistemului TVA. Într-adevăr, fără această prevedere, o sumă ar trebui plătită autorităților fiscale fără a fi fost efectiv încasată de persoana impozabilă, din motive independente de acea persoană impozabilă, în consecință, aceasta ar trebui să achite TVA respectivă din surse proprii (s.n.)*”, ceea ce fie ar constitui o pierdere (pe lângă pierderea pe care o suportă deoarece clientul nu a achitat valoarea livrării/prestării), fie ar face ca o taxă ascunsă să fie parte din prețul pe care îl facturează clientului său (dacă îi transmite pierderea). De aceea, este corect ca această taxă, achitată bugetului de stat, dar neîncasată de la client, să fie rambursată persoanei impozabile respective”.

Apreciem că, dacă intenția legiuitorului a fost de menținere a neutralității și a transparenței sistemului TVA, aceeași logică ar trebui aplicată și în cazul remiterii de datorie, respectiv, pentru reducerea bazei de impozitare la creditor/ajustarea dreptului de deducere la debitor, aplicabilă, așa cum am menționat, tuturor refuzurilor/reducerilor comerciale sau financiare și inclusiv în cazul neîncasării din cauza falimentului. În aceste cazuri, conform legislației fiscale în vigoare, creditorii nu-și ajustează baza de impozitare a TVA, spre deosebire de procedura falimentului debitoare, care conduce la acest drept.

§2. Implicațiile fiscale ale unui plan ce prevede plata parțială a creanțelor (remiteri de datorie)

2.1. Baza impozabilă cu impozit pe profit la debitor

13. Atât în perioada de observație, cât și în perioada de reorganizare și, evident, și pe perioadele în care debitorul își restructurează extrajudiciar creanțele sau este supus procedurilor de prevenire a insolvenței (mandat ad-hoc sau concordat preventiv), societatea debitoare este prezumată a se comporta ca orice alt agent economic (comerciant), într-o activitate normală, ce plătește impozitele și taxele prevăzute de lege. Singura deosebire este că nu se datorează penalități și dobânzi, pentru creanțele născute anterior sau ulterior deschiderii procedurii.

Remiterea de datorie reprezintă o diminuare a pasivului contabil, situație ce apare și în următoarele cazuri:

- se scot din evidență creanțele prescrise;
- există creditori care nu depun declarație de creanță;
- există creanțe neadmise la masa credală și, pe cale de consecință, neînscrise în tabelul definitiv.

Diferențele în minus între datoriile înscrise în contabilitatea debitoare și sumele înscrise în programul de plăți (total sume verificate și acceptate în procedura constituirii masei credale, din care se scad remiterile de datorie acceptate prin planul de reorganizare), în procedura insolvenței, respectiv remiterile de datorie acceptate de către creditori în procedurile de restructurare extrajudiciară, mandat ad-hoc sau concordat preventiv, reprezintă un venit pentru societatea debitoare.

Diminuarea prin plan a obligațiilor societății debitoare are efectul unui *venit*. Argumentul de drept contabil invocat este dispoziția din Ordinul Ministerului Finanțelor Publice nr. 3055/2009^[1], pct. 34, care prevede următoarele: „Veniturile constituie creșteri ale beneficiilor economice înregistrate pe parcursul perioadei contabile, sub formă de intrări sau creșteri ale activelor ori reduceri ale datoriilor, care se concretizează în creșteri ale capitalurilor proprii, altele decât cele rezultate din contribuții ale acționarilor”.

Din punct de vedere fiscal, acest venit nu figurează printre cele neimpozabile, deci constituie „venit din orice sursă” [art. 19 alin. (1) C. fisc.]. Pct. 12 din norme, la care textul Codului fiscal face trimitere dispune astfel: „Veniturile și cheltuielile care se iau în calcul la stabilirea profitului impozabil sunt cele înregistrate în contabilitate potrivit reglementărilor contabile date în baza Legii contabilității nr. 82/1991”.

Alte argumente în același sens sunt:

^[1] Ordinul nr. 3055/2009 pentru aprobarea Reglementărilor contabile conforme cu directivele europene (M. Of. nr. 766 din 10 noiembrie 2009).

- reducerile de datorie au fost înregistrate într-un cont de venituri (758), deci sunt luate în calculul profitului brut contabil;
- profitul brut contabil se ajustează fiscal prin adăugarea cheltuielilor nedeductibile fiscal și scăderea din acesta a veniturilor neimpozabile. Veniturile neimpozabile sunt menționate expres în art. 20 C. fisc., iar veniturile provenind din reducerea de datorii nu fac parte din acestea, pe cale de consecință, aceste venituri vor fi luate în calculul profitului impozabil, asupra căruia se va aplica cota de impozit pe profit (16%), dacă nu există pierdere fiscală reportată din perioadele fiscale anterioare;
- rațiunea care stă la baza tratării acestor venituri drept impozabile este aceea că, la achiziția mărfii respective cea mai mare parte a acestor sume a fost trecută pe cheltuieli, însă, deoarece nu va mai fi plătită și nu va genera ieșire de cash, cheltuiala trebuie anulată (neutralizată) prin venit. Nu se supun acestui raționament sumele care nu au fost trecute integral pe cheltuieli deductibile (cheltuielile nedeductibile fiscal, deductibile limitat, partea neamortizată din valoarea mijloacelor fixe achiziționate).

2.2. Efectele fiscale la creditor

14. Așa cum am arătat, conform dispozițiilor fiscale, în vigoare până în 2012, creditorul a cărui creanță s-a diminuat prin plan nu beneficia de niciun efect fiscal pozitiv care să compenseze acest ajutor dat reorganizării debitorului. Se produce astfel un dezechilibru în tratamentul la debitor al *remiterii de datorie* – considerate venit impozabil – față de tratamentul la creditor, unde nu era considerată cheltuială deductibilă.

Lipsa de coerență a acestui regim rezultă din analiza următoare:

Atât ca urmare a confirmării planului, cât și în faliment logica impune a se păstra o corelație între cheltuieli și ieșiri de cash (plăți efective), pe de o parte, și venituri și intrări de cash (încasări efective), pe de altă parte.

La creditor

Presupunem, spre exemplu, că acesta deține o factură de 100.000 lei + 24.000 lei TVA (total 124.000 lei) care este redusă la 30%.

Vom prezuma, în lipsa oricărui text legal, că se reduc proporțional atât debitul, cât și TVA, rămânând în ființă 30.000 lei + 7.200 lei TVA adică 37.200 lei.

Pentru suma de 70.000 lei, care reprezintă pierderea creditorului, acesta nu putea beneficia de nici un provizion fiscal deductibil, nefiind îndeplinite condițiile de la art. 22 alin. (1) lit. j) C. fisc., adică debitorul nu este în faliment.

În continuare, presupunem că, planul fiind confirmat, creanța de 100.000 lei + 24.000 lei TVA se va plăti în proporție de 30%, adică 30.000 lei + 7.200 lei TVA.

Cei 100.000 lei facturați au fost declarați venit la data facturii, cu o cheltuială aferentă de 80.000 lei.

a) Dacă am deduce fiscal cei 70.000 lei (pierderea), situația comparativă din contul de profit și pierdere și cea din intrări/ieșiri de numerar (cash) este următoarea:

– în conturi: Venituri = 100.000 lei; cheltuieli = 80.000 lei + 70.000 lei = 150.000 lei → pierdere 50.000 lei

– în cash: încasări 30.000 lei + 7.200 lei = 37.200 lei; plăți (cheltuieli) = 80.000 lei + 19.200 lei TVA = 99.200 lei → Deficit: 50.000 lei + 12.000 lei = 62.000 lei.

b) Dacă nu deducem fiscal pierderea de 70.000 lei, situația se prezintă astfel:

– în conturi: Profit 20.000 lei.

– în cash: Deficit: 50.000 lei + 12.000 lei (TVA) + 3.200 lei (20.000 lei x 16%) = 65.200 lei.

Având în vedere aceste neconcordanțe, începând cu data de 04.07.2012, pct. 23 din Normele Metodologice de aplicare ale art. 21 alin (1) C. fisc. au fost modificate (H.G. nr. 670/2012^[1]), adăugându-se, între cheltuielile deductibile, la lit. k) următoarele: „cheltuielile înregistrate la scoaterea din gestiune a creanțelor asupra clienților, determinate de punerea în aplicare a unui plan de reorganizare admis și confirmat printr-o sentință judecătorească, în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare”.

Diferența substanțială înregistrată între cei doi indicatori în situația de la varianta b) (profitul însoțit de un minus de cash) conducea la necesitatea adaptării unui text fiscal expres pentru deducerea cheltuielii de 70%; altfel, creditorii nu au interes a susține un plan de reorganizare și vor „câștiga” fiscal doar la falimentul debitorului.

În cazul unei modificări a planului care poate fi făcută și de către creditorii fără acordul debitorului, art. 101 alin. (5)/ art. 139 alin. (5) dispune astfel: „Modificarea planului de reorganizare, inclusiv prelungirea acestuia, se poate face oricând pe parcursul procedurii de reorganizare, fără a se putea depăși o durată totală maximă a derulării planului de 4 ani de la confirmarea inițială. Modificarea poate fi propusă de către oricare dintre cei care au vocația de a propune un plan, indiferent dacă au propus sau nu planul. Votarea modificării de către adunarea creditorilor se va face cu creanțele rămase în șold, la data votului, în aceleași condiții ca și la votarea planului de reorganizare. Modificarea planului va trebui să fie confirmată de judecătorul-sindic” [în formularea art. 101 alin. (5) din Legea nr. 85/2006: „Modificarea planului de reorganizare se poate face oricând pe parcursul procedurii, cu respectarea condițiilor de vot și de confirmare prevăzute de prezența lege. Dacă modificarea planului este propusă de debitor, ea va trebui să fie aprobată de adunarea generală a acționarilor/asociaților”].

2.3. Efectele fiscale ale modificării planului

15. La debitor:

- crește procentul plătit creditorilor (variante mai rar întâlnită), astfel încât asistăm la diminuarea venitului impozabil înregistrat din reducerea creanțelor (prin plan);
- scade procentul plătit creditorilor, deci asistăm la o creștere a venitului impozabil.

La creditor:

- în prima ipoteză, „renasc” creanțe stinse prin planul inițial, ceea ce conduce la diminuarea sumei înregistrate pe cheltuieli reprezentând *hair-cut*-ul inițial;
- în a doua ipoteză, cea mai frecventă, se înregistrează o nouă cheltuială deductibilă fiscal, egală cu cuantumul noului *hair-cut*, în baza dispozițiilor pct. 23 lit. k) din Normele Metodologice date în aplicarea art. 21 alin. (1) C. fisc.

Tratamentul fiscal pe care l-am detaliat anterior, respectiv tratarea veniturilor din reducerile de datorii ca impozabile și calcularea, pe cale de consecință, a impozitului pe profit, este aplicabil tuturor diminuărilor de pasiv contabil, indiferent de forma prin care se realizează: scutiri de datorii, reduceri, sume prescrise, reduceri de preț: comerciale și financiare, primite ulterior facturării, în cazul debitorului (client), respectiv în cazul furnizorului sau prestatorului creditor, care, la rândul său, va înregistra o cheltuială rezultată din diminuarea creanțelor sale (diminuare de activ).

[1] H.G. nr. 670/2012 pentru modificarea și completarea Normelor metodologice de aplicare a Legii nr. 571/2003 privind Codul fiscal, aprobate prin H.G. nr. 44/2004 (M. Of. nr. 481 din 13 iulie 2012).

Secțiunea a 6-a. Fiscalitatea falimentului (lichidarea judiciară)

§1. Particularități ale procedurii falimentului care au consecințe de natură fiscală

16. În *procedura falimentului* – în care ajung și majoritatea comercianților ce încep o reorganizare – există o serie de aspecte particulare ce vor influența modul de aplicare a reglementărilor fiscale, dintre care le amintim pe cele mai importante:

- restrângerea treptată și apoi încetarea activității de exploatare; această regulă este consecința principiului capacității restrânse de folosință, care dispune că o societate în lichidare poate face doar acele operațiuni necesare pentru activitatea de lichidare, nemaiputând începe operațiuni comerciale noi;

- începerea de noi operațiuni poate fi aprobată doar în mod excepțional de către creditorii, când lichidatorul demonstrează documentat că pierderea pentru averea debitorului astfel înregistrată este inferioară comparativ cu cea la care se ajunge în ipoteza opririi activității.

Prin urmare, în faliment, majoritatea veniturilor vor proveni din activități financiare (dobânzi din sumele păstrate în bănci, în depozite la termen) și din activități „excepționale” care constau în vânzarea bunurilor debitoarei;

- restrângerea și schimbarea structurii cheltuielilor, astfel:

- a) nu se mai justifică cheltuieli cum ar fi cele de protocol, sponsorizare/mecenat etc.;

- b) cheltuielile de publicitate ar trebui să fie suportate de către lichidator, proporțional cu măsura în care acesta este remunerat și cu o retribuție variabilă (onorariu de succes), cu condiția să se perfecteze astfel de vânzări de active;

- c) calculul amortizării nu mai este necesar în perspectiva lichidării societății, din punct de vedere fiscal, deși din perspectivă contabilă el continuă;

- separarea clară a cheltuielilor înregistrate pe conturile debitoarei de cele care trebuie suportate de către lichidator; având în vedere că lichidatorul conduce activitatea debitorului, sunt frecvente cazurile în care salariații ai debitorului sunt însărcinați cu vânzarea bunurilor – cel puțin în cazurile în care se acordă onorariu de succes – activitate care ar trebui realizată exclusiv cu personalul plătit de către lichidator;

- activitatea lichidatorului trebuie să se desfășoare în așa fel încât aceasta să nu producă prejudicii debitoarei; spre exemplu, tot ceea ce vinde trebuie încasat imediat sau cu documente asigurătorii. În consecință, nu sunt admisibile cheltuielile cu provizioane pentru creanțe născute în timpul lichidării. De asemenea, cheltuielile cu dobânzile pot fi admise doar pentru creanțele creditorilor beneficiari ai unei cauze de preferință înscrise la tabelul definitiv al creanțelor.

O modificare remarcabilă apare în dispozițiile art. 75 alin. (4) al Codului insolvenței, care constă în posibilitatea de trecere în faliment la neplata creanțelor curente în 60 de zile de la data recunoașterii lor de către administratorul judiciar.

În acest sistem, există pericolul intrării în faliment pentru neplata creanțelor bugetelor locale, derivate din simpla existență a proprietății, în baza impozitelor pe clădiri, construcții speciale, terenuri, parcuri auto etc. Considerăm că, în speță, ar fi necesară o intervenție legislativă rapidă care să blocheze o astfel de posibilitate, deoarece datoria la

încă coroborate. Astfel, art. 27 alin. (5) din Legea nr. 82/1991 dispune că: „Exercițiul financiar al unei persoane juridice care se lichidează începe la data încheierii exercițiului financiar anterior și se încheie în ziua precedentă datei când începe lichidarea. Perioada de lichidare este considerată un exercițiu financiar, indiferent de durata să”.

§2. Falimentul. Exercițiul fiscal

17. În prezent, reglementările contabile fiscale și cele din Legea insolvenței nu sunt încă coroborate. Astfel, art. 27 alin. (5) din Legea nr. 82/1991 dispune că: „Exercițiul financiar al unei persoane juridice care se lichidează începe la data încheierii exercițiului financiar anterior și se încheie în ziua precedentă datei când începe lichidarea. Perioada de lichidare este considerată un exercițiu financiar, indiferent de durata să”.

Cu toate acestea, conform textului legii speciale (art. 16 C. fisc.), se dispune, ca regulă, că: „(1) Anul fiscal este anul calendaristic. (2) Când un contribuabil se înființează sau încetează să mai existe în cursul unui an fiscal, perioada impozabilă este perioada din anul calendaristic pentru care contribuabilul a existat”.

În ce privește Legea insolvenței, art. 107 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 dispune că: „Debitorii intrați în procedura falimentului își acoperă pierderile anuale, stabile prin declarație de impozit pe profit, din profiturile impozabile obținute în toată perioadă, până la închiderea procedurii falimentului”.

Prin interpretarea combinată a dispozițiilor art. 26 C. fisc. cu dispozițiile art. 27 alin. (5) din Legea contabilității tragem concluzia că pierderea de la data deschiderii procedurii, calculată pe fiecare an anterior acestui moment, se recuperează din profiturile obținute în următorii 5 (7) ani consecutivi, perioada lichidării (falimentului) reprezentând, în acest sens, un singur an; deci, se colectează întreg profitul din perioada de lichidare, se scad pierderile din cei 5 (7) ani anteriori falimentului și se plătește impozit pe diferență.

Această interpretare, care nu este la adăpost de o critică formală, are la bază intenția legiuitorului manifestată expres prin modificarea Legii contabilității, lege specială la care face trimitere Codul fiscal. Proiectul de rescriere al Codului fiscal clarifică această situație, prin textul noului art. 31 (actualul art. 26) alin. (5): „În cazul contribuabililor care se dizolvă cu lichidare, perioada cuprinsă între prima zi a anului următor celui în care a început operațiunea de lichidare și data închiderii procedurii de lichidare se consideră un an în ceea ce privește recuperarea pierderii fiscale, potrivit alin. (1)”.

§3. Închiderea procedurii cu un proces fiscal în curs

18. Nu puține sunt ipotezele când debitorul în faliment este angrenat în *procese de natură fiscală* rezultate din decizii de impunere deja executate (plătite), însă contestate. Aceste procese nefinalizate întârzie închiderea procedurii. În aceste cazuri, se pune problema dacă se poate ceda creanța asupra statului către un terț, de regulă societatea mamă sau altă societate din grup.

Conform dispozițiilor Codului de procedură fiscală, art. 30, dacă nu este constatată prin titlu, certă etc., creanța nu poate fi cedată. Considerăm că suntem în prezența unui conflict cu dreptul comun: practic debitorul prezumat nu permite creditorului să cedeze creanța, chiar dacă cesionarul își asumă și riscul definitivării sumei respective. Modificarea expresă a Codului de procedură fiscală se dovedește necesară deoarece, creanța fiscală fiind executată, acest proces în curs se poate finaliza doar cu obligarea statului la restituire sau cu zero.

§4. Impozitul pe profit

4.1. Baza de calcul în faliment

19. Dispozițiile legale pertinente pentru profitul realizat în această fază a procedurii sunt următoarele:

Codul fiscal, art. 27 alin. (2): „Distribuirea de active de către o persoană juridică română către participanții săi, fie sub formă de dividend, fie ca urmare a operațiunii de lichidare, se tratează ca transfer impozabil, exceptându-se cazurile prevăzute la alin. (3)”.

În aplicarea acestei ultime prevederi legale, Normele Metodologice dispun următoarele:

Pct. 80: „Distribuirea de active de către o persoană juridică română către participanții săi se poate realiza în cazul lichidării”.

Pct. 81: „Profitul impozabil în cazul lichidării se calculează ca diferență între veniturile și cheltuielile efectuate pentru realizarea acestora, calculate cumulativ de la începutul anului fiscal, luându-se în calcul: profitul din lichidarea patrimoniului, sumele din anularea provizioanelor, sumele înregistrate în conturi de capitaluri proprii constituite din profitul brut și care nu au fost impozitate la data constituirii, alte elemente similare veniturilor și cheltuielilor”.

Pct. 82: „La calculul impozitului pe profit datorat de contribuabilii care își încetează existența în urma operațiunilor de lichidare *nu sunt impozitate: rezervele constituite din profitul net, sumele aferente unor reduceri ale cotei de impozit, repartizate ca surse proprii de finanțare pe parcursul perioadei de funcționare, potrivit legii, rezervele constituite din diferențe de curs favorabile capitalului social în devize sau din evaluarea disponibilului în devize, în conformitate cu actele normative în vigoare, dacă legea nu prevede altfel*”.

Interpretarea dispozițiilor legale citate conduce la ideea că sunt aplicabile și la lichidarea voluntară (administrativă) și la faliment, deoarece textele nu disting. Singurul text care, în baza principiului legalității, poate produce efecte în materia fiscală este textul art. 27, care stabilește ipoteza distribuirii de active către acționari sau asociați, deci, evident, doar cazul lichidării voluntare. Pct. 81 din norme, în maniera în care este redactat, duce însă la concluzia că în orice lichidare se va obține profit dacă veniturile provenite din lichidare sunt superioare cheltuielilor efectuate pentru realizarea veniturilor. Deci textul pct. 81 constituie un adaos nefericit la textul art. 27 alin. (2), singurul text *legal* în materie fiscală.

În aceeași ordine de idei, se remarcă faptul că în cod nu se mai reiau dispozițiile anterioare ale art. 14 alin. (1) din Legea nr. 414/2002^[1], care arăta expres că, „în situația lichidării/dizolvării unui contribuabil, pentru determinarea profitului impozabil se ia în calcul și profitul rezultat din lichidarea patrimoniului acestuia”.

Putem oare aprecia că legiuitorul fiscal a considerat că nu mai este necesar un text distinct, fiind „acoperitor” pentru toate situațiile textul art. 19 care definește profitul impozabil ca diferență între veniturile realizate din orice sursă și cheltuielile efectuate în scopul realizării de venituri? Dacă avem în vedere că acest text figurează la „reguli generale”, putem accepta această ipoteză, însă ar fi fost mai bine ca surplusul din lichidare să fie caracterizat expres ca „profit” (*boni de liquidation*) și pentru cazul falimentului, printr-un text al Codului fiscal și nu prin norme. Această precizare ar fi binevenită deoarece

^[1] Legea nr. 414 din 26 iunie 2002 privind impozitul pe profit (M. Of. nr. 456 din 27 iunie 2002) a fost abrogată prin Codul fiscal.

la un moment dat legiuitorul a acordat expres un regim mai favorabil vânzării de active, taxându-se cu doar 10%, surplusul („profitul”) obținut din această activitate.

4.2. Profitul din vânzarea activelor

20. După cum este cunoscut, patrimoniul, la începerea lichidării, include bunuri materiale (imobilizări corporale și necorporale, stocuri etc.) și drepturi de creanță. În ce privește bunurile mobile – atât stocuri de materiale, mărfuri etc., cât și creanțele – este evident că acestea pot fi valorificate la valori superioare sau inferioare prețului de achiziție, respectiv pot genera atât profit, cât și pierdere. Pentru aceste valori, care au o rotație mai rapidă, adică o vechime redusă, comparația dintre prețul de achiziție și cel de valorificare este pe deplin justificabilă în vederea determinării profitului. De aceea considerăm că, în acord cu opinia Ministerului Finanțelor Publice (Direcția de legislație fiscală), dispozițiile O.G. nr. 99/2000^[1] care prohibeau practic vânzările în pierdere, au căzut în desuetudine, bunurile putând fi vândute în pierdere, chiar și în alte situații decât insolvența.

O problemă apare însă la imobilizările corporale, care, de regulă, reprezintă o parte considerabilă a activului și sunt înregistrate la prețurile „istorice” de achiziție, de cele mai multe ori neaduse la zi prin reevaluare. În acest caz profitul – dispun normele contabile – se stabilește ca diferență între prețul de vânzare și valoarea rămasă neamortizată a acestor bunuri. Or, valoarea contabilă (de achiziție și cea neamortizată) nu poate fi reevaluată în caz de faliment; penultimul act normativ în materie, dar ultimul aflat la rang de hotărâre a Guvernului, și anume H.G. nr. 403/2000 privind reevaluarea imobilizărilor corporale^[2] prevedea, prevăzând la art. 1 alin. (7) că: „agenții economici care se află în procedură de dizolvare sau de lichidare administrativă conform Legii nr. 31/1990 (...) sau în procedură de lichidare judiciară conform Legii nr. 64/1995 (...) nu vor proceda la reevaluarea activelor imobilizate”.

Ultimul temei legal în materia reevaluării îl constituie H.G. nr. 1553/2003^[3]; despre aplicabilitatea sa se poate susține că aceasta a putut fi efectuată doar la momentul 31 decembrie 2003, dar nu și ulterior, pentru alte date de referință.

Considerăm, însă, că admisibilitatea reevaluării nu constituie, din punct de vedere fiscal, decât o falsă problemă: aplicând strict normele contabile, din reevaluare nu pot rezulta consecințe fiscale, deoarece, la ieșirea mijlocului fix din patrimoniu, se vor debita mai întâi rezervele din reevaluare și doar apoi, pentru diferență, se vor înregistra costurile aferente vânzării. Nereevaluarea activelor – în procedură sau în afara ei – are influență asupra impozitelor și taxelor locale, impozit pe clădiri și pe teren, atât sub aspectul cotei de impozitare aplicate, cât și asupra bazei de impozitare.

4.3. Problema deductibilității provizioanelor

21. Prevederi legale aplicabile „prin ricoșeu” sunt cele referitoare la *deductibilitatea provizioanelor* constituite pentru creanțele deținute de către debitoarea în insolvență asupra propriilor săi debitori, în prezent fiind următoarele:

^[1] O.G. nr. 99/2000 privind comercializarea produselor și serviciilor de piață (M. Of. nr. 424 din 1 septembrie 2000), republicată în M. Of. nr. 603 din 31 august 2007.

^[2] M. Of. nr. 252 din 7 iunie 2000.

^[3] H.G. nr. 1553/2003 privind reevaluarea imobilizărilor corporale și stabilirea valorii de intrare a mijloacelor fixe (M. Of. nr. 21 din 12 ianuarie 2004).

– art. 21 alin. (2) lit. n) C. fisc.: „Sunt cheltuieli efectuate în scopul realizării de venituri și: pierderile înregistrate la scoaterea din evidență a creanțelor neîncasate, în următoarele cazuri: 1. procedura de faliment a debitorilor a fost închisă pe baza hotărârii judecătorești; 2. debitorul a decedat și creanța nu poate fi recuperată de la moștenitori; 3. debitorul este dizolvat, în cazul societății cu răspundere limitată cu asociat unic, sau lichidat, fără succesori; 4. debitorul înregistrează dificultăți financiare majore care îi afectează întreg patrimoniul”;

– art. 21 alin. (4) lit. o): „Următoarele cheltuieli nu sunt deductibile: pierderile înregistrate la scoaterea din evidență a creanțelor incerte sau în litigiu, neîncasate, pentru partea neacoperită de provizion, potrivit art. 22, precum și pierderile înregistrate la scoaterea din evidență a creanțelor incerte sau în litigiu, neîncasate, în alte situații decât cele prevăzute la art. 21 alin. (2) lit. n). În această situație, contribuabilii care scot din evidență clienții neîncasați sunt obligați să comunice în scris acestora scoaterea din evidență a creanțelor respective, în vederea recalculării profitului impozabil la persoana debitoare, după caz”;

– art. 22 alin. (1) lit. c): „Contribuabilul are dreptul la deducerea rezervelor și provizioanelor, numai în conformitate cu prezentul articol, astfel: provizioanele constituie în limita unui procent de 20% începând cu data de 1 ianuarie 2004, 25% începând cu data de 1 ianuarie 2005, 30% începând cu data de 1 ianuarie 2006, din valoarea creanțelor asupra clienților, înregistrate de către contribuabili, altele decât cele prevăzute la lit. d), f) g) și i), care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții: 1. sunt înregistrate după data de 1 ianuarie 2004; 2. sunt neîncasate într-o perioadă ce depășește 270 zile de la data scadenței; 3. nu sunt garantate de altă persoană; 4. sunt datorate de o persoană care nu este persoană afiliată contribuabilului; 5. au fost incluse în veniturile impozabile ale contribuabilului”.

– art. 22 alin. (1) lit. j): „Contribuabilul are dreptul la deducerea rezervelor și provizioanelor, numai în conformitate cu prezentul articol, astfel: provizioanele constituite în limita unei procent de 100% din valoarea creanțelor asupra clienților, înregistrate de către contribuabili, altele decât cele prevăzute la lit. d), f), g) și i), care îndeplinesc cumulativ următoarele condiții: 1. sunt înregistrate după data de 1 ianuarie 2007; 2. creanța este deținută la o persoană juridică asupra căreia este declarată procedura de deschidere a falimentului, pe baza hotărârii judecătorești prin care se atestă această situație; 3. nu sunt garantate de altă persoană; 4. sunt datorate de o persoană care nu este persoană afiliată contribuabilului; 5. au fost incluse în veniturile impozabile ale contribuabilului”.

Din interpretarea acestor dispoziții legale rezultă că devin deductibile integral provizioanele doar dacă clienții debitorului sunt și ei în faliment. Condiționarea de relația de neafiliere și cea a garantării sunt obstacole ce ar trebui eliminate deoarece din 2008 se pot verifica prețurile de transfer și la persoanele afiliate rezidente, iar în chestiunea garanțiilor este posibil ca acele garanții să nu poată fi executate.

Relația dintre aceste dispoziții este următoarea:

– se constituie mai întâi un provizion deductibil 30% în baza dispozițiilor art. 22 alin. (1) lit. c);

– la intrarea în insolvență, se poate constitui un provizion suplimentar de 70%, mai ales de către creditorii chirografari, care însă nu este deductibil fiscal;

– la confirmarea unui plan de reorganizare ce conține un *hair-cut* de creanțe ce îi este aplicabil, se înregistrează, conform Normelor Metodologice date în aplicarea codului fiscal, o cheltuială deductibilă; „cheltuielile înregistrate la scoaterea din gestiune a creanțelor asupra clienților, determinate de punerea în aplicare a unui plan de reorganizare admis

și confirmat printr-o sentință judecătorească, în conformitate cu prevederile Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, cu modificările și completările ulterioare”;

– la intrarea în faliment se reversează provizionul anterior și se constituie unul nou, integral deductibil, în baza dispozițiilor art. 22 alin. (1) lit. j); dacă în reorganizare nu i s-a achitat creanța, se reversează cheltuiala cu *hair-cut*-ul, deoarece în caz contrar am fi în prezența a două cheltuieli fiscale deductibile care acoperă aceeași sumă, conform art. 22 alin. (1) lit. j), respectiv conform pct. 23 lit. k) din norme;

– la închiderea falimentului se anulează și acest provizion și se constată o pierdere în baza dispozițiilor art. 21 alin. (2) lit. n), dar numai de către creditorii care s-au înscris la masa credală, ceilalți înregistrând o pierdere nedeductibilă fiscal [art. 21 alin. (4) lit. o)]. Această opinie nu este unanim împărtășită, neexistând în lege condiția expresă de înscriere la masa credală a aceluși debitor.

4.4. Analiza bazei impozabile

4.4.1. Analiza în faliment a bazei impozabile la creditor

22. Reluând exemplul precedent și continuând analiza în faza falimentului, dacă la data facturării, suma facturii a fost înregistrată pe venituri, spre exemplu: 100.000 lei + 24.000 lei TVA, la data intrării în faliment, se constituie provizion fiscal ca și cheltuială fiscală deductibilă în sumă de 100.000 lei [și TVA (pentru analiza pe cash)], conform dispozițiilor și în condițiile art. 21 alin. (2) lit. j) C. fisc.

La data închiderii falimentului, provizionul se anulează și rezultă astfel un venit; caracterizarea acestuia drept impozabil sau nu reiese din textul art. 20 lit. c) C. fisc., care dispune că sunt neimpozabile „veniturile din anularea cheltuielilor pentru care nu s-a acordat deducere, veniturile din reducerea sau anularea provizioanelor pentru care nu s-a acordat deducere, veniturile din recuperarea cheltuielilor nedeductibile, veniturile din restituirea ori anularea unor dobânzi și/sau penalități de întârziere pentru care nu s-a acordat deducere, precum și veniturile reprezentând anularea rezervei înregistrate ca urmare a participării în natură la capitalul altor persoane juridice”.

Per a contrario, deoarece aceste provizioane au fost deduse la intrarea în faliment, în momentul închiderii falimentului se contabilizează un venit impozabil. Dar, concomitent, suma respectivă se trece încă o dată pe cheltuieli fiscale deductibile conform dispozițiilor art. 21 alin. (2) lit. n) C. fisc.

Analiza pe cash. Dacă în total s-au înregistrat cheltuieli de cash 80.000 lei (dintre care 1/2 sunt salarii și 1/2 aprovizionări) plus TVA = 40.000 lei x 24% (9.600 lei), deci 89.600 lei, și s-au încasat 0 lei (nici baza, nici TVA), dar s-a dedus TVA aferent achizițiilor (9.600 lei) din TVA colectată de 24.000 lei și s-a plătit la stat 14.400 lei TVA (cash negativ), în această situație rezultă:

Total cash negativ = 89.600 lei + 14.400 lei = - 104.000 lei;

Total pierdere la baza de impozitare: -80.000 lei (chelt.) + 100.000 lei (ven.) – 100.000 lei proviz. fisc. – 14.400 lei (TVA devenit cheltuială) = - 94.400 lei.

4.4.2. Analiza bazei impozabile la debitor

23. Dacă acesta nu plătește nimic din datoria de la masa credală, în sumă de 124.000 lei, înseamnă că realizează un venit (doar teoretic) impozabil de 124.000 lei la închiderea procedurii. Normele contabile (O.M.F.P. nr. 1346/2004) nu prevăd distinct situația închide-

rii unei lichidări în care nu se acoperă masa credală, iar profesioniștii contabili sunt tentați să constituie venit în această situație, pentru „remiterea” forțată de datorie.

Dar acest „venit” nu este imposibil deoarece falimentul se încheie și nu mai are sens continuarea procedurii în situația în care tot activul a fost valorificat; ar însemna să creăm proceduri de faliment pentru 16% din masa credală neplătită, apoi alt 16% din prima rundă de 16% etc., ceea ce este evident un demers absurd. Dacă însă debitorul are pierdere reportată, venitul se „încheie” cu această pierdere, astfel că cele două sume se compensează. De aceea, este capital ca la deschiderea procedurii să putem stabili pierderea fiscală corect și în contradictoriu cu fiscalul.

§5. Taxa pe valoare adăugată

5.1. Situația creditorului

24. În privința TVA, din analiza textelor Titlului VI din Codul fiscal, rezultă că *baza taxabilă* se reduce numai la închiderea procedurii falimentului, nu și ca urmare a reducerii creanțelor prin planul de reorganizare confirmat.

Directiva TVA nr. 2006/112/CE^[1] dispune la art. 90 următoarele: „(1) În cazul anulării, al refuzului sau al neplății totale sau parțiale sau în cazul în care prețul este redus după livrare, baza de impozitare se reduce, în consecință, în condițiile stabilite de statele membre. (2) În cazul neplății totale sau parțiale, statele membre pot deroga de la alineatul (1)”.

Aplicarea acestui text a fost făcută de către legiuitorul român prin art. 138 lit. d) C. fisc. care prevede următoarele referitoare la posibilitatea ajustării TVA: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situații: în cazul în care contravaloarea bunurilor livrate sau a serviciilor prestate nu se poate încasa din cauza falimentului beneficiarului. Ajustarea este permisă începând cu data pronunțării hotărârii judecătorești de închidere a procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, hotărâre rămasă definitivă și irevocabilă”.

Pentru cazul falimentului, al refuzurilor cantitative și calitative, pentru reducerile de preț și financiare, acordate după livrare, baza de impozitare a TVA se reduce corespunzător, astfel:

Articolul 138 C. fisc. Ajustarea bazei de impozitare: „Baza de impozitare se reduce în următoarele situații: a) în cazul desființării totale sau parțiale a contractului pentru livrarea de bunuri sau prestarea de servicii, înainte de efectuarea acestora, dar pentru care au fost emise facturi în avans; b) în cazul refuzurilor totale sau parțiale privind cantitatea, calitatea sau prețurile bunurilor livrate sau ale serviciilor prestate, precum și în cazul desființării totale sau parțiale a contractului pentru livrarea sau prestarea în cauză ca urmare a unui acord scris între părți sau ca urmare a unei hotărâri judecătorești definitive și irevocabile sau în urma unui arbitraj; c) în cazul în care rabaturile, remizele, risturnele și celelalte reduceri de preț prevăzute la art. 137 alin. (3) lit. a) sunt acordate după livrarea bunurilor sau prestarea serviciilor; d) în cazul în care contravaloarea bunurilor livrate sau a serviciilor prestate nu se poate încasa din cauza falimentului beneficiarului. Ajustarea este permisă începând cu data pronunțării hotărârii judecătorești de închidere a procedurii prevăzute de Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, hotărâre rămasă definitivă și irevocabilă; e) în cazul în care cumpărătorii returnează ambalajele în care s-a expedit marfa, pentru ambalajele care circulă prin facturare”.

^[1] J.O.U.E. nr. L 347 din 11 decembrie 2006.

Pct. 20 al art. 138 din Normele Metodologice de aplicare a Codului fiscal: „(2) Beneficiarii au obligația să ajusteze dreptul de deducere exercitat inițial, potrivit prevederilor art. 148 alin. (1) lit. b) și art. 149 alin. (4) lit. e) din Codul fiscal, numai pentru operațiunile prevăzute la art. 138 lit. a)-c) și e) C. fisc. (s.n.). Prevederile acestui alineat se aplică și pentru achizițiile intracomunitare. (3) Ajustarea bazei de impozitare a taxei pe valoarea adăugată, prevăzută la art. 138 lit. d) din Codul fiscal, este permisă numai în situația în care data declarării falimentului beneficiarilor a intervenit după data de 1 ianuarie 2004, inclusiv pentru facturile emise înainte de această dată, dacă contravaloarea bunurilor livrate/serviciilor prestate ori taxa pe valoarea adăugată aferentă consemnată în aceste facturi nu se poate încasa din cauza falimentului beneficiarului. În cazul persoanelor care aplică sistemul TVA la încasare se operează anularea taxei neexigibile aferente livrărilor de bunuri/prestărilor de servicii realizate”.

5.2. Aplicarea regimului TVA vânzărilor de bunuri imobile (în insolvență)

25. O problemă importantă apare la vânzarea unor bunuri imobile, ce cuprind teren, clădiri și utilaje, toate pentru un preț global, așa cum se întâmplă de regulă la vânzările în faliment în special. De aceea, trebuie precizat că în materia TVA există reglementări diferite aplicabile terenului, construcțiilor și echipamentelor, atât din perspectiva obligației de colectare a TVA, cât și a celei de ajustare a TVA deduse anterior în legătură cu achiziția acestor bunuri.

În privința TVA aferentă imobilelor, în general regimul TVA nu este prevăzut, așa cum ne-am aștepta, la „operațiuni impozabile”, ci la art. 141 C. fisc. referitor la scutiri, care conține numeroase excepții; excepții de la scutiri înseamnă colectare de TVA, astfel că mai corect ar fi ca aceste „excepții de la scutiri” să fie enumerate între operațiunile impozabile.

Regimul TVA al terenurilor. Conform dispozițiilor Codului fiscal, sunt scutite tranzacțiile cu terenuri, în general, cu excepția celor construite sau construibile. Toate terenurile situate în extravilan, de principiu neconstruibile, vor fi vândute fără TVA: terenuri agricole, arabile, pășuni, păduri etc. Aceste terenuri, ce reprezintă peste 90% din suprafața țării, au regimul TVA reglementat prin doar 6 cuvinte „precum și a oricăror altor terenuri” [art. 141 alin. (2) lit. f) C. fisc.]. Calificarea unui teren drept teren construibil sau teren cu altă destinație, la momentul vânzării sale de către proprietar, rezultă din certificatul de urbanism, așa cum precizează pct. 37 alin. (6) din Normele Metodologice.

Regimul TVA al terenurilor construite. În aplicarea art. 141 alin. (2) lit. f) C. fisc., atunci când construcția și terenul pe care aceasta este edificată formează un singur corp funciar, identificat printr-un singur număr cadastral, există următoarele ipoteze:

- terenul pe care s-a edificat construcția urmează regimul construcției, dacă valoarea acestuia este mai mică decât valoarea construcției, așa cum rezultă din raportul de expertiză;

- construcția va urma regimul terenului pe care este edificată, dacă valoarea acesteia este mai mică decât valoarea terenului, așa cum rezultă din raportul de expertiză;

- dacă terenul și construcția au valori egale, așa cum rezultă din raportul de expertiză, regimul corpului funciar va fi stabilit în funcție de bunul imobil cu suprafața cea mai mare; în acest scop se va avea în vedere suprafața construită desfășurată a construcției.

Regimul TVA al construcțiilor. Codul fiscal dispune că, dacă construcția nu este, în sensul legii, o construcție nouă, ea se va vinde fără TVA; dacă valoarea construcției depășește 50% din prețul tranzacției, întreaga tranzacție va fi nepurtătoare de TVA, și invers. Dacă

construcția însă este nouă (din punctul de vedere al TVA), întreaga tranzacția va fi purtătoare de TVA (și terenul). Calificarea construcției ca fiind nouă depinde de stabilirea datei primei ocupări definite ca „data semnării de către beneficiar a procesului verbal de recepție definitivă a construcției sau a unei părți din construcție”. Construcția care se vinde între data primei ocupări și 31 decembrie a anului următor este considerată „nouă” din perspectiva TVA.

În ceea ce privește bunurile imobile modernizate, art. 141 alin. (2) lit. f) pct. 4 C. fisc. prevede că o construcție nouă cuprinde și orice construcție transformată. Dispozițiile legale în vigoare în perioada 01.01.2007 – 01.01.2012 precizau și ce anume se înțelege prin transformarea unei construcții. Se preciza că suntem în prezența unei transformări în cazul în care structura, natura ori destinația sa au fost modificate sau, în absența acestor modificări, dacă costul transformărilor, exclusiv taxa, se ridică la maximum 50% din valoarea de piață a construcției, exclusiv valoarea terenului, ulterior transformării.

Ca atare, pentru transformări efectuate în aceea perioadă ne regăsim în prezența a două teze (rezolvări) diferite.

Teza I este cea aplicabilă în ipoteza în care au fost efectuate transformări, adică modificări. Dacă se modifică structura/natura/destinația, întreaga construcție este considerată „nouă” (taxabilă cu TVA), chiar dacă valoarea modernizărilor este inferioară valorii clădirii anterior modernizării.

Aici se pun probleme delicate de interpretare, spre exemplu, ce înseamnă „structură”, structură în sensul inginerului „structurist” sau structură în limbajul comun. Semnificația din DEX (limbajul comun) definește structura ca: „Mod de organizare internă, de alcătuire a unui corp, a unui sistem; mod de asociere a componentelor unui corp sau a unui întreg organizat, caracterizat prin forma și dimensiunile fiecărui element component, cum și prin aranjarea lor unul față de celălalt”. Adaptând această interpretare vor fi foarte rare cazurile în care modernizările să nu fi provocat modificarea structurii.

Teza a II-a este cea aplicabilă în cazul în care nu au fost identificate modificări ale celor trei caracteristici ale construcției. Dacă nu s-a modificat structura/natura/destinația, va fi construcție nouă când costul transformărilor este de cel puțin 50% din valoarea de piață a construcției. Această soluție este criticabilă deoarece pretinde ca prin raportul de evaluare să comparăm un cost (istoric) cu o valoare de piață.

Începând de la data de 1 ianuarie 2012, textul art. 141 alin. (2) lit. f) C. fisc. a fost modificat, varianta în vigoare la data de referință a acestei lucrări nemaiprevăzând ce anume lucrări se subsumează noțiunii de transformare.

5.3. Regimul TVA al bunurilor mobile

26. În ceea ce privește utilajele anexate clădirii, respectiv structuri fixate în sau pe pământ (silozuri, mori, stații de betoane etc.), se pune problema dacă nu pot fi asimilate construcțiilor, în baza definiției de la art. 141 alin. (2) lit. f) pct. 2, în așa fel încât să nu colecteze TVA. Considerăm că aceste bunuri pot fi considerate construcții, deoarece art. 12 alin. (2) din Directiva nr. 2006/112/CE dispune la fel: „În sensul alineatului (1) litera (a), „clădire” înseamnă orice structură fixată pe pământ sau în pământ”.

În ceea ce privește echipamentele și utilajele ce nu sunt fixate în/pe pământ, în temeiul textului de principiu al art. 128 C. fisc., acestea sunt purtătoare de TVA. Deși nu se referă la vânzare, ci la închirieri, alin. (5) lit. e) al art. 141 C. fisc. precizează că sunt impozabile (exceptii de la scutire) „închirierea utilajelor și a mașinilor fixate definitiv în bunuri

imobile" (pct. 3). Aceasta înseamnă că utilajele și mașinile, chiar fixate definitiv în bunuri imobile (dar nu în sau pe pământ), nu-și pierd natura de bunuri mobile și vor colecta TVA.

În consecință, identificăm existența unui regim fiscal diferit pentru structuri fixate în sau pe pământ, pe de o parte, și utilaje și mașini chiar fixate definitiv în bunuri imobile, pe de altă parte. Soluția optimă și prudentă totodată constă în colectarea de TVA asupra prețului utilajelor, defalcat din totalul prețului tranzacției.

5.4. Aplicarea regimului TVA vânzărilor de bunuri în insolvență. Ajustarea

27. Dispozițiile art. 148 și art. 149 C. fisc. rezumă problema *ajustării TVA*, la care se adaugă anumite dispoziții tranzitorii din art. 161 C. fisc. Conceptul de ajustare are la bază necesitatea de a utiliza un bun în scopul de a genera operațiuni taxabile cu TVA. În special în cazul bunurilor de capital, se consideră că, dacă TVA a fost dedusă la achiziție, aceste bunuri trebuie utilizate neîntrerupt pe timp de 5 (20) de ani pentru a produce operațiuni taxabile (pentru echipamente respectiv imobile).

În consecință, orice întrerupere a generării de TVA de către aceste bunuri are drept consecință „corectarea” TVA deduse, care poate rămâne dedusă numai pentru perioada dinăuntru celor 5 (20) de ani cât bunul respectiv a produs operațiuni taxabile. Restul TVA deduse este supus restituirii la buget. Dacă însă bunurile mobile au fost achiziționate/construite înainte de data aderării (1 ianuarie 2007), perioada de ajustare se reduce la 5 ani, conform dispozițiilor art. 161 alin. (8) C. fisc.

Ajustarea se efectuează și în ipoteza în care a fost aplicat regimul taxării inverse. În caz de divizare, fuziune, lichidare, dizolvare fără lichidare, unitățile care beneficiază de amânarea exigibilității taxei pe valoarea adăugată au obligația de a achita taxa pe valoarea adăugată înainte de declanșarea acestor operațiuni și de a anunța concomitent organul fiscal care a emis certificatul de amânare a exigibilității taxei pe valoarea adăugată.

5.5. Regimul TVA aplicabil la darea în plată sau achiziționarea de către creditor a unui bun în procedura falimentului și depunerea creanței drept preț – ipoteza unui bun imposibil și a unei societăți aflate în procedură plăitoare de TVA

28. La data încheierii convenției de dare în plată:

- debitoarea stinge obligația de plată către bancă;
- se transferă dreptul de proprietate asupra imobilului respectiv, de la debitor către creditor. Are loc deci, un transfer de proprietate asupra imobilului respectiv, de la debitor, persoană juridică plăitoare de TVA, către creditor. Transferul de proprietate asupra imobilului reprezintă, ca regulă generală, operațiune imposibilă, reglementată de art. 126-127 C. fisc., întrucât sunt îndeplinite cumulativ condițiile prevăzute de art. 126 lit. a)-d), societatea fiind plăitoare de TVA, iar imobilul situat pe teritoriul României (principiul teritorialității).

La art. 128 alin. (3) lit. b) C. fisc. este făcută mențiunea expresă asupra faptului că și transferul efectuat în cadrul executării silite reprezintă livrare de bunuri, deci este, ca regulă generală, operațiune imposibilă.

Legiuitorul reglementează scutiri de TVA pentru anumite operațiuni de interes general, scutiri enumerate în actul normativ, a căror extindere prin analogie nu este permisă. Pe cale de consecință, întrucât are loc un transfer de proprietate efectuat de către o persoană imposibilă, operațiunea de vânzare de imobile nefiind o operațiune inclusă în categoria

celor scutite, rezultă că se va realiza o operațiune supusă taxei pe valoarea adăugată, respectiv:

- debitoarea va realiza o livrare impozabilă, deci va colecta TVA;
- creditoarea își va exercita dreptul de deducere al T.V.A. aferentă imobilului trecut în proprietatea sa.

5.6. Regimul de scutire de TVA aplicabil transferului de afacere

29. Transferul tuturor activelor sau al unei părți a acestora, efectuat cu ocazia transferului de active sau, după caz, și de pasive, indiferent dacă este realizat ca urmare a vânzării sau ca urmare a unor operațiuni precum divizarea, fuziunea ori ca aport în natură la capitalul unei societăți, nu constituie livrare de bunuri dacă primitorul activelor este o persoană impozabilă. Primitorul activelor este considerat a fi succesorul cedentului în ceea ce privește ajustarea dreptului de deducere prevăzută de lege.

Conform Normelor Metodologice date în aplicarea Codului fiscal, transferul de active prevăzut la art. 128 alin. (7) C. fisc. este un transfer universal de bunuri și/sau servicii, acestea nemaifiind tratate individual, ci ca un tot unitar la persoana impozabilă cedentă, indiferent dacă este un transfer total sau parțial de active. Pentru ca o operațiune să poată fi considerată transfer de active, în sensul art. 128 alin. (7) C. fisc., primitorul activelor trebuie să intenționeze să desfășoare activitatea economică sau partea din activitatea economică care i-a fost transferată, și nu să lichideze imediat activitatea respectivă și, după caz, să vândă eventualele stocuri. Pentru calificarea unei activități ca transfer de active, nu este relevant dacă primitorul activelor este autorizat pentru desfășurarea activității care i-a fost transferată sau dacă are în obiectul de activitate respectiva activitate. În acest sens a fost pronunțată hotărârea Curții Europene de Justiție din data de 27 noiembrie 2003 în cazul C-497/01 – *Zita Modes*.

Persoana impozabilă care este beneficiarul transferului este considerată ca fiind succesorul cedentului, indiferent dacă este înregistrat în scopuri de taxă sau nu. Beneficiarul va prelua toate drepturile și obligațiile cedentului, inclusiv cele privind livrările către sine, ajustările deducerii prevăzute de Codul fiscal. Dacă beneficiarul transferului este o persoană impozabilă, care nu este înregistrată în scopuri de TVA conform art. 153 C. fisc. și nu se va înregistra în scopuri de TVA ca urmare a transferului, va trebui să plătească la bugetul de stat suma rezultată ca urmare a ajustărilor legale. Așadar, beneficiarul transferului trebuie să fie persoana impozabilă, de preferat înregistrată în scopuri de TVA, pentru a beneficia de scutirea TVA.

Elementele transferate trebuie să constituie, din punct de vedere tehnic, o structură independentă, iar primitorul trebuie să intenționeze să desfășoare activitate economică mai departe, iar nu să lichideze afacere (caz în care se impune plata TVA). Cedentul va furniza primitorului o listă cu informații referitoare la valori fiscale și cu TVA referitoare la elementele transferate. Transferul parțial sau integral de active, prevăzut de Codul fiscal, se va evidenția într-un document întocmit de părțile implicate în operațiune, fiecare parte primind un exemplar al acestuia.

În privința delimitării *transferului de afacere*, definit din perspectiva TVA ca „transfer de active”, se pune problema delimitării acestuia de un simplu transfer de bunuri, operațiune ce ar conduce la aplicarea TVA. Din păcate, în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene am identificat până în prezent doar patru cazuri în care aceasta s-a pronunțat în această problemă, după cum urmează: cauza C-29/08 – *Skatteverket c. AB SKF* din 29

octombrie 2009, cauza C-444/10 – *Finanzamt Lüdenscheid c. Christel Schriever* din 10 noiembrie 2011, cauza C-497/01 – *Zita Modes Sàrl c. Administration de l'enregistrement et des domaines* din 27 noiembrie 2003 și cauza C-651/11 – *Staatssecretaris van Financiën c. X BV* din 30 mai 2013.

Din analiza acestor dosare nu rezultă care sunt criteriile care ar stabili cu exactitate demarcația dintre un transfer de active în sensul de transfer de afacere și o simplă vânzare a unei grupări de bunuri. Se poate totuși extrage ideea că este necesar ca bunurile respective să fie legate de un contract de închiriere, de leasing, că este necesară o anumită legătură funcțională între bunuri etc.

Practica inspecțiilor fiscale a fost de a recalifica un transfer de active făcut fără TVA în vânzare de bunuri, pentru a colecta TVA; invers, dacă părțile colectau TVA, inspecția fiscală califica operațiunea în transfer de active pentru a împiedica deducerea TVA de către cumpărător. În prezent, și ca urmare a practicii instanței supreme (Decizia nr. 2748/2013), Normele Metodologice prevăd expres soluția pentru acest caz: „Aplicarea regimului de taxare pentru transferul de active de către persoanele impozabile nu va fi sancționată de organele de inspecție fiscală, în sensul anulării dreptului de deducere a taxei la beneficiar (...)” [pct. 6 alin. (8)].

§6. Prevederi speciale privind regimul impozitelor și taxelor locale

30. Pentru vânzările efectuate în procedura insolvenței, nu este obligatorie prezentarea certificatului de atestare fiscală. Conform art. 113 C. proc. fisc.: „(4) Pentru înstrăinarea dreptului de proprietate asupra clădirilor, terenurilor și a mijloacelor de transport, contribuabilii trebuie să prezinte certificate de atestare fiscală prin care să se ateste achitarea tuturor obligațiilor fiscale de plată datorate autorității administrației publice locale în a cărei rază se află înregistrat fiscal bunul ce se înstrăinează, potrivit alin. (2), inclusiv sumele reprezentând amenzi existente în evidența organului fiscal. Pentru bunul care se înstrăinează, impozitul datorat este cel recalculat pentru a reflecta perioada din an în care impozitul se aplică persoanei care înstrăinează, potrivit Codului fiscal. (5) Actele prin care se înstrăinează clădiri, terenuri, respectiv mijloace de transport, cu încălcarea prevederilor alin. (4), sunt nule de drept. (6) Prevederile alin. (4) și (5) nu sunt aplicabile în cazul procedurii de executare silită, procedurii insolvenței și procedurilor de lichidare”.

În ceea ce privește cota de impozitare aplicabilă la impozitul pe clădiri, față de regula generală aplicabilă în cazul persoanelor juridice, cota de impozit între 0,25% și 1,50% inclusiv, în cazul unei clădiri care nu a fost reevaluată, cota impozitului pe clădiri se stabilește de consiliul local/Consiliul General al Municipiului București între:

- a) 10% și 20% pentru clădirile care nu au fost reevaluate în ultimii 3 ani anteriori anului fiscal de referință;
- b) 30% și 40% pentru clădirile care nu au fost reevaluate în ultimii 5 ani anteriori anului fiscal de referință.

Cota impozitului pe clădiri prevăzută se aplică la valoarea de inventar a clădirii. Dat fiind faptul că în patrimoniul celor mai multe societăți aflate în procedură se află clădiri a căror valoare de inventar este mult mai mare decât valoarea actuală de piață, deci și baza de impozitare este mai mare în lipsa evaluării, s-a creat practica reevaluării în vederea calculării bazei impozitului pe clădiri și pentru societățile aflate în procedură.

BIBLIOGRAFIE

I. Tratatate, cursuri, monografii (autori români)

- Adam I.*, Drept civil. Drepturile reale, Ed. All Beck, București, 2002;
- Adam I., Rusu A.*, Drept civil. Succesiuni, Ed. All Beck, București, 2003;
- Adam I., Savu C.N.*, Legea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- Alecsandru I.I.*, Codicele civile, Edițiune Oficială, Imprimeria Statului, Bucuresci, 1865, <http://digitool.dc.bmms.ro>;
- Alexandrescu D.*, Pricipiile dreptului civil, vol. I, Ed. Socec, București, 1926;
- Anghel I.M., Deak Fr., Popa M.F.*, Răspunderea civilă, Ed. Științifică, București, 1970;
- Angheni S.*, Drept comercial, Ed. Oscar Print, București, 1997;
- Angheni S., Volonciu M., Stoica C., Lostun M.G.*, Drept comercial, Ed. Oscar Print, București, 2000;
- Angheni S., Volonciu M., Stoica C.*, Drept comercial, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- Antonescu E.*, Falimentul cu adnotări, jurisprudență, lucrări pregătitoare și dezbateri parlamentare. Legea în vigoare în vechiul regat. Legea în vigoare în Ardeal și Bucovina. Partea I, Tip. Române Unite, 1927;
- Antonescu E.*, Falimentul. Lichidarea activului și pasivului, închiderea procedurii falimentare, cu adnotări din doctrină, jurisprudență română și străină, lucrări pregătitoare, dezbateri parlamentare etc., vol. VIII al Codului comercial adnotat, Atelierele Grafice „Voivodul Mihai”, București, 1931;
- Athanasiu Al., Dima L.*, Dreptul muncii, Ed. All Beck, București, 2005;
- Avram A.*, Procedura insolvenței. Partea generală, Ed. Hamangiu, București, 2001;
- Avram A.*, Procedura insolvenței. Partea generală, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- Avram A.*, Procedura insolvenței. Efectele deschiderii procedurii. Primele măsuri, Ed. Hamangiu, București, 2010;
- Baias F.A.*, Simulația. Studiu de doctrină și de jurisprudență, Ed. Rosetti, București 2003;
- Baias F.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I.*, Noul Cod Civil. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, 2012;
- Barbu C.*, Delapidarea și furtul în paguba avutului obștesc, Ed. Științifică, București, 1973;
- Basarab M.*, Drept penal. Partea generală, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 1997;
- Basarab M., Pașca V. (coord.)*, Codul penal comentat. Vol. II. Partea specială, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- Bălan E.*, Domeniul administrativ, Ed. Lumina Lex, București, 1998;
- Bălescu C.C.*, Curs de drept comercial și industrial, Ed. Cultura Poporului, București, 1939;
- Bălescu C.C.*, Curs de drept comercial, editat de Gheorghe I. Badea, vol. II, 1946;
- Beleiu Gh.*, Drept civil român. Introducere în dreptul civil. Subiectele dreptului civil, ed. a 11-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007;
- Belu Magdo M.L.*, Drept comercial, Ed. S.G.H., București, 2003;
- Bîrsan C., Gaiță M., Pivniceru M.M.*, Drept civil. Drepturile reale, Ed. Institutul European, Iași, 1997;
- Bojinică M.*, Drept civil român. Teoria generală, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 2005;
- Boroi G.*, Drept civil. Partea generală. Persoanele, Ed. All Beck, București, 2001;
- Boroi G., Rădescu D.*, Codul de procedură civilă: comentat și adnotat, Ed. All, București, 1994;
- Boroi G., Stănculescu L.*, Drept civil. Curs selectiv pentru licență. Teste grilă, Ed. Hamangiu, București, 2006;
- Budă M.*, Riscul falimentului. Procedura reorganizării judiciare și a falimentului, Ed. Fundației Meridian, Craiova, 2002;
- Bufan R.*, Drept falimentar român, Ed. Mirton, Timișoara, 1998;
- Bufan R.*, Reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2001.

- Bufan R., Bercea L. (coord.), *Dreptul insolvenței și instabilitatea economică*, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- Capriel A., *Reorganizarea judiciară și falimentul*, Ed. Lumina Lex, București, 2000;
- Cărpenu St.D., *Procedura reorganizării și lichidării judiciare*, Ed. Atlas Lex, București, 1996;
- Cărpenu St.D., *Drept comercial. Procedura falimentului*, Ed. Global Print, București, 1998;
- Cărpenu St.D., *Drept comercial român*, Ed. All Beck, București, 2005;
- Cărpenu St.D., *Drept comercial român*, ed. a 6-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007;
- Cărpenu St.D., *Drept comercial român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2007;
- Cărpenu St.D., *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009;
- Cărpenu St.D., Predoiu C., David S., Piperea Gh., *Societățile comerciale. Reglementare, doctrină, jurisprudență*, Ed. All Beck, 2002;
- Cărpenu St.D., David S., Predoiu C., Piperea Gh., *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- Cărpenu St.D., Nemeș V., Hotca M.A., *Noua lege a insolvenței. Legea nr. 85/2006. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, București, 2006;
- Cărpenu St.D., Nemeș V., Hotca M.A., *Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței. Comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu, 2008;
- Cărpenu St.D., David S., Predoiu C., Piperea Gh., *Legea societăților comerciale. Comentarii pe articole*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Cătuneanu I.C., *Curs elementar de drept roman*, ed. a 3-a, Ed. Cartea Românească, 1927;
- Chelaru E., *Drept civil. Persoanele*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- Cioabanu V.M., *Tratat teoretic și practic de procedură civilă. Teoria generală*, vol. I, Ed. Național, 1999;
- Ciutacu F., *Garanțiile de executare a obligațiilor. Garanțiile personale și garanțiile reale*, Ed. Themis Cart, Slatina, 2006;
- Cojocariu V., *Hotărârile judecătorului-sindic și modificarea acestora în instanța de recurs*, în *Phoenix* nr. 23/2008;
- Cosmovici P.M., *Drept civil. Drepturi reale. Obligații. Legislație*, Ed. ALL, București, 1996;
- Costin M.N., *Marile instituții ale dreptului civil român*, vol. II, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1984;
- Costin M.N., Schiau I., Prescure T., *Reorganizarea și lichidarea judiciară. Analiză de legislație și doctrină*, Ed. Lumina Lex, București, 1997;
- Costin M.N., Miff A., *Falimentul. Evoluție și actualitate*, Ed. Lumina Lex, București, 2000;
- Dănilă V., *Legislația asociațiilor și fundațiilor. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2005;
- Deak Fr., *Tratat de drept civil. Contracte civile speciale*, Ed. Universul Juridic, ed. a 4-a, 2006-2007;
- Deleanu I., *Drepturile subiective și abuzul de drept*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1988;
- Deleanu I., *Tratat de procedură civilă II*, Ed. Europa Nova, București, 1997;
- Demetrescu P.I., Barasch M.I., *Noua Lege asupra concordatului preventiv*, ed. a 2-a, Ed. Adevărul, București, 1932; (III, 1)
- Demetrescu P.I., Georgescu I.L., *Codul comercial „Carol al II-lea”. Comentarii*, Ed. Cartea Românească, 1939;
- Diaconescu Gh., *Infraacțiunile în Codul penal român*, Ed. Oscar Print, București, 1997;
- Diaconovich C., *Enciclopedia Română*, Editura și Tiparul lui W. Krafft, Sibiu, 1900;
- Dimitriu R., *Conflictele de muncă și soluționarea lor*, Ed. Tribuna Economică, București, 2006;
- Dobrinioiu V., Nistoreanu Gh., Pascu I., Molnar I., Lazăr V., Boroi A., *Drept penal. Partea generală*, Ed. Atlas Lex, București, 1996;
- Dogar M. (Comșa), *Insolvența transfrontalieră*, Teză de doctorat susținută la Universitatea din București – Facultatea de Drept, 2011;

- Dolache I.I., Mihăianu C.H., Reorganizarea judiciară și falimentul. Practică judiciară, Ed. Hamangiu, București, 2006;
- Dongoroz V. ș.a., Explicații tematice ale codului penal, vol. III, Ed. Academiei București, 1971;
- Drăghici P., Faptul juridic ilicit cauzator de prejudicii, Ed. Universitaria, Craiova, 1999;
- Drimba O., Istoria culturii și civilizației, vol. II, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1987;
- Eliescu M., Răspunderea civilă delictuală, Ed. Academiei, București, 1972;
- Fekete Gh., Zinelu I., Drept civil. Drepturi reale, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1969;
- Filipescu I.P., Drept internațional privat, vol. I, Ed. Proarcadia, București, 1993;
- Filipescu I.P., Drept internațional privat, Ed. Actami, București, 1995;
- Filipescu I.P., Filipescu A.I., Tratat de drept internațional privat, ed. revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2005;
- Fințescu I.N., Curs de drept comercial, vol. I, Ed. Al.Th. Doicescu, București, 1929;
- Fințescu I.N., Curs de Drept comercial. Vol. III. Falimentul, editat de Al.T. Doicescu, 1930; Firoiu D.V., Istoria statului și dreptului românesc, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976;
- Florescu D.A., Negură G., Zamfirache D., Societățile comerciale aflate în insolvență. Practică judiciară privind răspunderea personalului, Ed. Universul Juridic, București, 2009;
- Fuerea A., Drept comunitar al afacerilor, ed. a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2006;
- Fuerea A., Manualul Uniunii Europene, ed. a 5-a revăzută și adăugită după Tratatul de la Lisabona (2007/2009), Ed. Universul Juridic, București, 2011;
- Georgescu I.L., Sinteza critică de *lege ferenda* a actelor de comerț. Autonomia dreptului comercial, București, 1929;
- Georgescu I.L., Drept comercial român, vol. I, Ed. Socex & Co., București, 1946;
- Gheorghiu Gh., Procedura reorganizării judiciare și a falimentului, Ed. Lumina Lex, București, 2000;
- Hacman M., Drept comercial comparat. Partea generală, vol. I, Ed. Curierul Judiciar, București, 1930;
- Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu I., Băicoianu Al., Tratat de drept civil român, vol. II, Ed. All, București, 1998;
- Hanga V., Drept privat roman, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1978;
- Ionașcu T., Barasch E., Brădeanu S., Eliescu M., Economu V., Eminescu Y., Eremia M.I., Roman E., Rucăreanu I., Zlătescu V.D., Tratat de drept civil român. Vol. I. Partea generală, București, Ed. Academiei R.S.R., 1967;
- Ionașcu T., Brădeanu S., Drepturile reale principale în R.S.R., Ed. Academiei, București, 1978;
- Ionescu G.T., Vasilescu Nottara I., Codul comercial adnotat, Ed. Ancora S. Benvenisti&Co., București, 1927;
- Ionescu Gh., Cazan E., Negrușă A., Management organizațional, Ed. Tribuna Economică, București, 2001;
- Ionescu S., Noua lege asupra concordatului preventiv, cu modificările din 1930, comentată și adnotată cu doctrină, jurisprudență, expunere de motive și dezbateri parlamentare, ed. a 2-a complet revăzută și adăugită, Institutul de Arte Grafice „Vremea”, București, 1930;
- Leontin A.J., Compendiu de drept comercial, cuprinzând un rezumat teoretic și practic al normelor de drept comercial, cambial și de faliment în vigoare în Transilvania, comparate cu dispozițiile Codului de comerț al Vechiului Regat și întregite cu dispozițiile cuprinse în Legile de unificare, Tipografia Fondului Cărilor Funduare, Cluj, 1925;
- Leș I., Sancțiunile procedurale în materie civilă. Nulitatea. Decăderea. Perimarea, ed. a 2-a, revăzută și actualizată, Ed. Lumina Lex, București, 1997;
- Loghin O., Toader T., Drept penal. Partea specială, ed. a 4-a, revăzută și adăugită, Casa de editură și presă Șansa SRL, București, 2001;
- Lovin E., Procedura insolvenței, Ed. Monitorul Oficial, București, 2008;
- Lulă I., Contribuții la studiul răspunderii civile delictuale, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1997;

- Lupulescu A.M.*, Reorganizarea societăților comerciale în contextul integrării europene. Strategii și cadru juridic, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2008;
- Mănescu D.M.*, Regimul juridic al societăților bancare, Ed. Hamangiu, București, 2009;
- Micescu I.*, Curs de drept civil, 1923;
- Miff A., Păun C.*, Dreptul afacerilor, Ed. Imprimeriei Ardealul, Cluj-Napoca, 2006;
- Motica R., Popa V.*, Drept comercial român și drept bancar, Ed. Lumina Lex, București, 1999;
- Motica R.I., Roșu C.*, Drept comercial român și internațional, Ed. Alma Mater, Timișoara, 1999;
- Motica R.I., Bercea L.*, Drept comercial român, Ed. Lumina Lex, București, 2005;
- Motica R.I., Lupan E.*, Teoria generală a obligațiilor civile, Ed. Lumina Lex, 2005;
- Moțiu D.D.*, Stabilirea masei active și a masei pasive în procedura insolvenței, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009;
- Moțiu F.*, Contractele speciale în noul Cod civil, ed. a 4-a, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- Munteanu E.*, Regimul juridic al administratorilor societăților comerciale, Ed. All Beck, București, 2000;
- Nász C.B.*, Deschiderea procedurii insolvenței, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Negoianu A.*, Insolvabilitatea în vechile legiuri române, Institutul de Arte Grafice „Vremea”, București, 1931;
- Nemeș V.*, Drept Bancar, Ed. Universul Juridic, București, 2011;
- Nicolae M.*, Tratat de publicitate imobiliară. Vol. I. Introducere în publicitatea imobiliară, Ed. Universul Juridic, 2006;
- Pallade G.T.*, Codul falimentelor adnotat cu doctrina și jurisprudența română, italiană, franceză și belgiană, Tipografia H. Goldner, Iași, 1912;
- Pașca V.*, Falimentul fraudulos. Răspundere și sancțiuni, Ed. Lumina Lex, București, 2005; *Pașcanu M.*, Dreptul falimentar român, cu legislația teritoriilor alipite, Ed. Cugetarea, București, 1926;
- Pătulea V., Turianu C.*, Drept comercial. Practică judiciară adnotată, Ed. All Beck, București, 1999;
- Petrescu I., Domokos E.*, Management general, Ed. Hyperion XXI, București, 1993;
- Piperea Gh.*, Insolvența: legea, regulile, realitatea, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008; *Poenaru E.*, Garanțiile reale mobiliare, Ed. All Beck, București, 2004;
- Pop A., Beleiș Gh.*, Drept civil. Teoria generală a dreptului civil, București, 1980;
- Popescu D.A.*, Contractul de societate, Ed. Lumina Lex, București, 1996;
- Pop L.*, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Lumina Lex, București, 1998;
- Pop L.*, Dreptul de proprietate și dezmembrămintele sale, Ed. Lumina Lex, București, 2001;
- Pop L.*, Răspunderea civilă, Ed. Alma Mater Timisiensis Mirton, Timișoara, 2001;
- Popescu R.*, Dreptul de moștenire. Limitele dreptului de a dispune prin acte juridice de bunurile moștenirii, Ed. Universul Juridic, București, 2004;
- Popescu T.R.*, Soluționarea litigiilor patrimoniale cu elemente de extraneitate, Oficiul de informare documentară pentru aprovizionarea tehnico-materială și controlul gospodăririi fondurilor fixe, București, 1980;
- Popescu T.R.*, Drept internațional privat, Ed. Romfel SRL, București, 1994;
- Popescu T.R., Anca P.*, Teoria generală a obligațiilor, Ed. Științifică, București, 1968;
- Prescure T.*, Curs de contracte civile, Ed. Rosetti, 2003;
- Puiu Al.*, Management în afacerile economice internaționale. Tratat, Ed. Paper Print Invest SA, Brăila, 1996;
- Roșu C.*, Contractul de mandat în dreptul privat intern, Ed. C. H. Beck, București, 2008;
- Rotaru C.*, Legea falimentului – doctrină, jurisprudență și legislație, Ed. Cognitum, 2001;
- Rusu M.*, Procedura falimentului, Ed. Secolului XXI, București, 1992;
- Schiau I.*, Regimul juridic al insolvenței comerciale, Ed. ALL Beck, București, 2001;
- Sferdian I.*, Dreptul asigurărilor, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, 2009;
- Sitaru D.Al.*, Drept internațional privat. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2000; (XIX, 2)
- Sitaru D.Al.*, Dreptul comerțului internațional. Tratat. Partea generală, Ed. Universul Juridic, 2008;
- Smarandache L.*, Regimul juridic al instituțiilor de credit, Ed. Hamangiu, București, 2013;

- Stănescu A., Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară 2006-2009. Vol. II. Administrarea procedurii insolvenței, reorganizarea și falimentul, Ed. C.H. Beck, București, 2011;
- Stănescu A., Miloș S., Dumitru S., Milu O., Planul de reorganizare. Reorganizarea, Ed. Universul Juridic, 2013;
- Stătescu C., Răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane, Ed. Științifică și Enciclopedică, București 1984;
- Stătescu C., Bîrsan C., Drept civil, Teoria generală a obligațiilor, Ed. All, București, 1994;
- Stătescu C., Bîrsan C., Drept civil. Teoria generală a obligațiilor, ed. a 9-a, revizuită și adăugită, ed. Hamangiu, 2008;
- Stoianovici C.A., Drept comercial comparat. Vol. 2. Falimentul, Ed. Tipografiei Curierul Judiciar Soc. Anonimă, București, 1925;
- Stoianescu I., Zilberstein S., Drept procesual civil. Căile de atac și proceduri speciale, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1981;
- Stoica O.A., Drept penal. Partea specială, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1976;
- Stoica V., Drept civil. Drepturile reale principale, vol. I, Ed. Humanitas, București, 2004;
- Stoica V., Drept civil, Drepturile reale principale, Ed. C.H. Beck, 2009;
- Ștefănescu I.T., Tratat teoretic și practic de drept al muncii, ed. a 2-a, Ed. Universul Juridic, București, 2013;
- Tănăsică E., Reorganizarea judiciară – o șansă acordată debitorului în procedura generală de insolvență, Ed. Hamangiu, București, 2008;
- Teaciu M., Caciuc L., Sabău C., Hațegan C., Bazele contabilității, Ed. Eurostampa, Timișoara, 2001;
- Tomulescu C.St., Manual de drept privat roman, Litografia învățământului, București, 1958;
- Turcu I., Reorganizarea și lichidarea judiciară, Ed. Lumina Lex, București, 1996;
- Turcu I., Teoria și practica dreptului comercial român, vol. I, Ed. Lumina Lex, București, 1998;
- Turcu I., Insolvența comercială, reorganizarea judiciară și falimentul, Ed. Lumina Lex, București, 2000;
- Turcu I., Falimentul. Noua procedură. Tratat, Ed. Lumina Lex, București 2003;
- Turcu I., Falimentul. Actuala procedură. Tratat, Ed. Lumina Lex, București, 2005;
- Turcu I., Tratat de insolvență, Ed. C.H. Beck, București, 2007;
- Turcu I., Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, Ed. C.H. Beck, București, 2007;
- Turcu I., Tratat teoretic și practic de drept comercial, vol. I, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- Turcu I., Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Turcu I., Legea procedurii insolvenței. Comentariu pe articole, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Turcu I., Tratat teoretic și practic de drept comercial, vol. III, Ed. C.H. Beck, București, 2009;
- Turcu I., Noul Cod civil republicat. Cartea a V-a. Despre obligații, art. 1164-1649. Comentarii și explicații, Ed. C.H. Beck, București, 2011;
- Turianu C., Stancu Gh., Drepturile reale. Teoria generală a obligațiilor, Ed. Universitară, București, 2006;
- Țândăreanu N., Procedura reorganizării judiciare, Ed. All Beck, București, 2000;
- Țândăreanu N., Insolvența în reglementarea Legii nr. 85/2006. Comentarii, doctrină, jurisprudență, Ed. Universul Juridic, București, 2012;
- Țândăreanu N., Codul insolvenței adnotat. Noutăți, examinare comparativă și note explicative, Ed. Universul Juridic, București, 2014;
- Țiclea Al., Dreptul muncii. Contractul individual de muncă, Ed. Lumina Lex, București, 2003;
- Țiclea Al., Tratat de dreptul muncii, ed. a 4-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012;
- Ungureanu A., Drept penal român. Partea generală, Ed. Lumina Lex, București, 1995;
- Vasiliu T. ș.a., Codul penal comentat și adnotat, partea specială, vol. II, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1977;
- Vlachide P.C., Repetiția principiilor de drept civil, vol.-II, Ed. Europa Nova, București, 1994;

- Voiculescu N.*, Dreptul muncii. Reglementări interne și comunitare, Ed. Rosetti, București, 2003;
- Zanfir V.*, Codul muncii. Comentat, Ed. Ministerului Justiției, București, 1944, reeditat de Ed. Tribuna Economică, București, 2004;
- Zilberstein S., Ciobanu V.M., Băcanu I.*, Drept procesual civil. Vol. II. Executarea silită, Ed. Lumina Lex, București, 1996;
- *** Aspecte juridice într-un sistem bancar mondial în schimbare, Ed. Hamangiu, București, 2012;
- *** Codul comercial adnotat, Ed. Tribuna, Craiova, 1994; (VIII, 69)
- *** Manual de bune practici în insolvență, Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, editat prin Programul Phare 2002 de Ministerul Justiției, martie 2006;
- *** Noile Coduri ale României, Studii și cercetări juridice, Ed. Universul Juridic, București, 2011;
- *** Noțiuni de economie aplicate procedurii de insolvență. Programul Phare 2002. Suport pentru îmbunătățirea și implementarea legislației și jurisprudenței în materie de faliment, editat de Ministerul Justiției, 2006.

Tratate, cursuri, monografii (autori străini)

- Arminjon V.P.*, Précis de Droit International Privé, vol. I, Ed. Dalloz, Paris, 1947;
- Asuncion de la Planes K.*, La réfaction du contrat, L.G.D.J., Paris, 2006.
- Ballot-Lena A.*, La responsabilité civile en droit des affaires, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 493, Paris, 2008;
- Bilodeau P.-E.*, Précis de la faillite et de l'insolvabilité, Ed. Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, Quebec, 2002;
- Bione M., Bonsignori A., Bosello F., Galgano F., Salanitro N., Santarelli U., Santini G., Scudellari L., Tedeschi G.U.*, Disposizioni generali. Dichiarazione di fallimento. Legge fallimentare, E. Zannichelli, Editore Bologna Il Foro Italiano, Roma, 1974;
- Blanpain R., Lyngs P.*, International Encyclopedia of Laws, Ed. Kluwer International, Boston, 1992;
- Boardman J.*, The Assyrian and Babylonian Empires and other states of Near East, from eighth to the sixth centuries B.C., ed. a 5-a, vol. III, Ed. University Press, Cambridge, 2003;
- Bonsignori A.*, Della liquidazione coatta amministrativa; art.194-215, N. Zannichelli Editore Bologna, Soc. ed. del Foro italiano, Roma, 1974;
- Bork R.*, Einführung in das Insolvenzrecht, ed. a 4-a, Schriftenreihe, 2005;
- Bosignori A.*, Lighidatione del activo, Ed. Del Foro Italiano, Roma, 1976;
- Campana M., de Gentile R.*, Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, thèse, Sirey, 1973;
- Chaput Y.*, Droit de la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises, P.U.F., 1986;
- Chaput Y.*, La faillite, P.U.F., 1981;
- Colin A., Capitant H.*, Cours élémentaire de Droit civil français, vol. II, Librairie Dalloz, Paris, 1931;
- Collins J.W., Cihon P.J., Donnelly M.A., Hartzler R., Karp J.P., Naffziger F.J., Wolfe A.D.*, Business Law. Text&Cases, John Wiley & Sons Inc., 1986;
- Cornu G.*, Vocabulaire juridique, 9^e éd., P.U.F., Paris, 2011;
- de Juglart M., Ippolito B.*, Les sociétés commerciales. Cours de droit commercial, entièrement refondue par Jacques Dupichot, Ed. Montchrestien, Paris, 1999;
- Derrida F., Gode P., Sortais J.P.*, Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, 2^e éd., Ed. Dalloz, 1987;
- Derrida F., Gode P., Sortais J.P.*, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, 3^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 1991;
- Drucker P.F.*, The Practice of Management, London, Pan Books Ltd., 1972;
- Fontaine M.*, Droit des assurances, 3^e ed., Ed. Larcier Bruxelles, 2006;
- Galle P.R.*, La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, Ed. Litec, Paris, 2005;

- Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, ed. a 12-a, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006;
- Gerbier J., *Organisation-Gestion*, Ed. Dunod, Paris, 1965;
- Getzler J., Payne J., *Company Charges – Spectrum and Beyond*, Oxford University Press, 2006;
- Gross K., *Failure and Forgiveness: Rebalancing the Bankruptcy System*, Yale University Press, New Haven Conn., 1997;
- Guyon Y., *Droit des affaires*, vol. II, Ed. Économica, Paris, 1989;
- Guyon Y., *Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficulté*, 5^e éd., Ed. Economica, Paris, 1995;
- Guyon Y., *Droit des affaires. Tome 2. Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire. Faillite*, 9^e éd., Ed. Économica, Paris, 2003;
- Horne Ch., Ph. D. (1915). *The Code of Hammurabi: Introduction*. Yale University, 2007;
- Hubrecht G., Couret A., Barbieri J.J., *Droit commercial*, Ed. Sirey, Paris, 1988;
- Jacquemont A., *Droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation*, 5^e éd., Ed. Litec, Paris, 2007;
- Jéantun M., Le Cannu P., *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2007. (I, 18)
- Koziol H., Welser R., *Grundriss des bürgerlichen Rechts – Band I: Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht*, ed. a 11-a, Manzsche Verlags – u. Universitätsbuchhandlung, Viena, 2000;
- Lagarde X., *Prévenir le surendettement des particuliers*, JCP, 2002;
- Lanna S., *Diritto delle assicurazioni private*, Grupul editorial Esselibri-Simone, Milano, 2006;
- Le Cannu P., *Règlement amiable et droit des sociétés*, Bulletin Joly sociétés, 1986;
- Le Corre P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, 3^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2006/2007;
- Le Corre P.-M., *Droit des entreprises en difficulté*, 3^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2008;
- Mecham L.R., *Bankruptcy Basics*, Yale University, 2004;
- Merle Ph., *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 9^e éd., Ed. Dalloz, Paris, 2003;
- Mestre J., Pancrazi M.E., *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, 26^e éd., Ed. L.G.D.J., Paris, 2003;
- Monserie M.H., *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Ed. Litec, Paris, 1994;
- Pellino R., Pellino P., Sorigi S., *Capire le assicurazioni*, Ed. Il Sole 24 ore, Milano, 2006;
- Pérochon F., Bonhomme R.J., *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 2001;
- Petel P., *Procédures collectives*, 6^e éd., Ed. Dalloz, 2009;
- Ralet O., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Ed. Larcier, Bruxelles, 1996;
- Ripert G., Roblot R., *Traité élémentaire de droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1970;
- Ripert G., Roblot R., *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., Paris, 1990;
- Ripert G., Roblot R., par Delebecque Ph., Germain M., *Traité de droit commercial*, 15^e éd., tome 2, L.G.D.J., Paris, 1996;
- Ripert G., Roblot R., par Delebecque Ph., Germain M., *Traité de droit commercial. Tome 2. Effets de commerce. Contrats commerciaux. Procédures collectives*, 16^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000;
- Rodière R., Houin R., *Droit commercial*, vol. I, Ed. Dalloz, Paris, 1970;
- Saint-Alary-Houin C., *Droit des entreprises en difficulté*, Ed. Montchrestien, Paris, 1999;
- Soinne B., *Traité théorique et pratique des procédures collectives (commentaires et formules)*, Ed. Litec, Paris, 1987;
- Terré F., Simler Ph., Lequette Y., *Droit civil. Les obligations*; Ed. Dalloz, 2009
- Tiquant O., *La contractualisation des procédures collectives*, thèse, Paris, 1999;
- *** *Bankruptcy Code, Rules and Official Forms*, Law School Edition, St. Paul Minn., West Publishing Co., 1994;
- *** *Legislative Guide on Insolvency Law*, United Commission on International Trade Law, New York, 2005.

II. Studii, articole (autori români)

- Adam I., Savu C.N., Câteva considerații referitoare la procedura simplificată în lumina Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în R.D.C. nr. 3/2007;
- Atanasiu A.G., Rățoi A.S., Despre tratamentul supraîndatorării simplilor particulari. Deconfitura vs. insolvența, în R.R.D.A. nr. 7/2007;
- Bantaș T.M., Competența jurisdicțională și efectele hotărârilor străine în materia procedurilor de insolvență, în R.R.D.A. nr. 6/2012;
- Bantaș T.M., Legea aplicabilă procedurilor de insolvență potrivit dispozițiilor Regulamentului (CE) al Consiliului nr. 1346/2000, în R.R.D.A. nr. 6/2012;
- Barbu S., Gestiunea frauduloasă, infracțiunea continuată, în ProLege nr. 1/1997;
- Barna Prisăcaru M.I., Jurisprudență comercială comentată a Curții de Apel București, în R.D.C. nr. 5/2011;
- Basarab M., Participațiunea la infracțiunile cu subiect special, în Studia Universitatis Babeș-Bolyai, Cluj, 1965;
- Basaraba R., Administratorul special în procedura insolvenței, în Phoenix nr. 23/2008;
- Băcanu I., Patru cărți despre procedura reorganizării și lichidării judiciare, în R.D.C. nr. 5/1996;
- Bălescu C., Calificarea juridică a sentinței declarative de faliment și a noțiunii de încetare de plăți, în R.D.C.S.E. nr. 3/1940;
- Belu Magdo M.L., Fondul de comerț (I), (II) și (III), în R.D.C. nr. 10/2002, nr. 11/2002;
- Belu Magdo M.L., Deschiderea procedurii reorganizării judiciare sau a falimentului, în R.D.C. nr. 3/2004;
- Bercea L., Supraîndatorarea consumatorilor de credite: concept echivoc, soluții lacunare, în R.R.D.A. nr. 7/2012, Ed. Wolters Kluwer, septembrie 2012;
- Bercea L., Noi standarde de comportament în afaceri? *Business judgment rule* și răspunderea administratorilor pentru insolvența societăților comerciale, în C.J. nr. 6/2014;
- Bodu S., Capacitatea juridică a societății comerciale, în R.R.D.A. nr. 1/2007;
- Boroș R.C., Despre limitarea în timp, conform art. 707 C. com., a declarării în stare de faliment și aplicabilitatea ei societăților comerciale, în R.D.C.S.E. nr. 1-2/1941;
- Bozai A., Implicații practice privind aplicarea procedurii reorganizării și lichidării judiciare, în Dreptul nr. 7/1996;
- Bușan R., Principalele modificări aduse Legii nr. 64/1995 prin Ordonanța Guvernului nr. 38/2002, în Phoenix ed. pilot aprilie-iunie 2002;
- Bușan R., Anularea operațiunilor comerciale încheiate de către debitor cu persoanele afiliate în anul anterior deschiderii procedurii Legii nr. 64/1995, în R.D.C. nr. 11/2003;
- Bușan R., Legal și comercial în procedura insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 5/2004;
- Bușan R., Cum ar trebui să arate procedura simplificată?, în Phoenix nr. 16-17/2006;
- Bușan R., Andraș R., Spinoasa problemă a retribuției administratorului special, în Phoenix nr. 30, octombrie-decembrie 2009;
- Bunget O., Dumitrescu A., în Phoenix, nr. 14/2005;
- Buta A., Formalitățile de opozabilitate a deschiderii procedurii, în Phoenix nr. 33/2010;
- Buzilă M., Ciurea O., Grupurile de interes economic în legislația română. Aspecte generale, în R.D.C. nr. 7-8/2003;
- Căpățînă O., Faza stabilirii masei pasive în procedura insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 9/1997;
- Cărpenaru St.D., Cererea introductivă a debitorului în procedura insolvenței, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara;
- Clocotici D., Societățile agricole comerciale și necomerciale, în Dreptul nr. 12/1991;
- Comșa M., Începerea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului la cererea creditorilor, în Phoenix nr. 11/2005;
- Comșa M., Procedura simplificată. Elemente de noutate în Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în Dreptul nr. 10/2006;

- Comșa M., Considerații generale privind procedura insolvenței grupului de societăți, publicat pe www.juridice.ro, în 19.12.2013;
- Costin M.N., Miff A., Instituția juridică a falimentului – evoluție și actualitate. Studiu de drept comparat, în R.D.C. nr. 3/1996;
- Costin M.N., Costin C.M., Condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii insolvenței comerciale la cererea creditorului îndreptățit, în R.D.C. nr. 9/2006;
- Crîngureanu B., Ordinea distribuirii creanțelor în dreptul român, în R.R.D.A.;
- Deleanu V., Deli-Diaconescu A., Acțiunile revocatorii falimentare, în R.R.D.A. nr. 2/2007;
- Diaconescu H., Criterii de diferențiere între infracțiunile de gestiune frauduloasă și delapidare, în Dreptul nr. 11/1998;
- Diamant B., Luncean V., O problemă în legătură cu incompatibilitatea judecătorului-sindic, în R.D.C. nr. 4/2006;
- Dimitriu R., Precizări privind informarea și consultarea părților raporturilor de muncă, în R.R.D.M. nr. 2/2007;
- Dobrev D., Examen al practicii judiciare în materia atragerii răspunderii organelor de conducere ale debitoarei aflate în încetare de plăți. Atragerea răspunderii administratorului în condițiile art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006, în R.R.D.A. nr. 7/2012;
- Dumitru Șt., Creanțele garantate în cadrul procedurii insolvenței, în R.R.D.A. nr. 3/2007;
- Dumitru Șt., Lichidarea bunurilor din averea debitorului în lumina noilor reglementări legale, în Phoenix, aprilie-iunie 2007;
- Galan M., Efectele admiterii recursului împotriva hotărârii prin care judecătorul-sindic respinge cererea de deschidere a procedurii insolvenței, în R.D.C. nr. 4/2008;
- Georgescu I.L., Considerațiuni asupra reglementării moratoriului în noul cod comercial din 23 august 1940, în R.D.C.S.E. nr. 9-10, 1940;
- Georgescu I.L., Comerciantul, în R.D.C. nr. 5/1995;
- Gheorghiu Gh., Măsurile luate de judecătorul-sindic înainte de aprobarea planului de reorganizare judiciară, în R.D.C. nr. 5/1997;
- Godâncă-Herlea V., Probleme teoretice și practice privitoare la deschiderea procedurii insolvenței, în R.D.C. nr. 9/2006;
- Goicovici J., Obligația creditorului de moderare a prejudiciului, în R.R.D.A. nr. 2/2008;
- Grosu S.C., Delapidare. Gestiune frauduloasă, în R.D.P. nr. 4/2003;
- Herzog B., Onorariul administratorului/lichidatorului, în Phoenix nr. 1/2002;
- Iacob C., Deosebirea dintre infracțiunea de delapidare prevăzută de art. 215¹ C. pen. și infracțiunea de gestiune frauduloasă prevăzută de art. 214, în Dreptul nr. 11/1999;
- Iordăchescu E.C., Implementarea fiduciei în practica bancară. Modalități și conlucrare instituțională, www.iordachescu-law.ro;
- Jora C., Uță L., Admisibilitatea unei cereri de deschidere a procedurii reglementate de Legea nr. 64/1995, republicată, cu privire la o societate comercială dizolvată de drept, în R.D.C. nr. 5/2006;
- Lascu I., Gestiunea frauduloasă și delapidarea. Criterii de diferențiere, în Dreptul nr. 7/2004;
- Lulă I., Unele probleme privind noțiunea de patrimoniu, în Dreptul nr. 1/1998;
- Marta D., Onorariul practicianului în reorganizare și lichidare, în Phoenix nr. 5/2003;
- Mataragiu A.C., Considerații privind capacitatea de exercițiu a persoanei juridice, în Studii și cercetări juridice europene. Vol. I. Drept privat, Ed. Wolters Kluwer, București;
- Medeleanu Al., Inventarierea și predarea/preluarea patrimoniului – studiu de caz, în cadrul Seminarului UNPRL, București, 21 octombrie 2005;
- Micescu D., Aspectul contemporan al noțiunii de încetare de plăți și noile orientări în concepția generală a dreptului, în R.D.C.S.E. nr. 1/1934;
- Micu P., Considerații asupra plății efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii insolvenței, în volumul Conferinței Internaționale a Doctoranzilor în Drept organizată de Facultatea de Drept și Științe Administrative din cadrul Universității de Vest din Timișoara și Centrul European de Studii și Cercetări Juridice Timișoara, 16-18 iulie 2009, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009;
- Miff A., Noua procedură a insolvenței – actualitate, tradiție și perspective, în R.R.D.A. nr. 1/2007;

- Militaru I.*, Operațiunile juridice privind fondul de comerț. Drept comparat, în R.R.D.A. nr. 3/2006;
- Militaru I.N., Voica I.*, Considerații teoretice cu privire la insolvență, potrivit Legii nr. 85/2006 – procedura simplificată, în R.D.C. nr. 2/2007;
- Miloș S.M.*, Debitorul în procedura Legii nr. 64/1995, în Phoenix nr. 10/2004;
- Miloș S.M.*, Principalele modificări ale Legii privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în R.D.C. nr. 6/2004;
- Miloș S.M.*, Procedura simplificată, în Phoenix nr. 16-17/2006;
- Moțiu D.D.*, Particularități ale creanțelor salariale în procedura insolvenței, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara;
- Moțiu D.D.*, Creanțele bugetare în procedura insolvenței (I), în R.D.C. nr. 12/2007;
- Moțiu D.D.*, Considerații privind creanțele garantate în procedura insolvenței, în Phoenix nr. 23/2008;
- Moțiu F.*, Dispoziții speciale prevăzute de Legea nr. 64/1995 în cazul contractelor de comision și consignatie, în Phoenix nr. 12/2005;
- Moțiu F., Moțiu D.D.*, Dreptul de administrare al debitorului în cadrul procedurii reorganizării și a falimentului prevăzută de Legea nr. 64/1995, în R.D.C. nr. 6/2005;
- Moțiu F., Moțiu D.D.*, Considerații privind creanțele salariale în procedura insolvenței, în Phoenix nr. 20/2007;
- Moțiu F., Nász C.B.*, Validitatea plăților efectuate de debitor după deschiderea procedurii insolvenței și efectele juridice ale acestor plăți, în P.R. nr. 4/2007;
- Nász C.B.*, Formarea contractelor comerciale. Raport de cercetare științifică susținut în cadrul Școlii doctorale în cursul anului 2008, nepublicat;
- Nász C.B.*, Regulamentul Consiliului nr. 1348/2000 din 29 mai 2000 privind comunicarea documentelor judiciare și extrajudiciare în materie civilă și comercială. Impactul asupra Codului român de procedură civilă, în R.D.C. nr. 2/2008;
- Nász C.B.*, Scopul și obiectul procedurii de insolvență, în R.D.C. nr. 12/2008;
- Nász C.B.*, Unele considerații în legătură cu onorariul practicianului în insolvență, în Phoenix nr. 45/2013;
- Neagoe A.*, Metode de evaluare a riscurilor de faliment, în Tribuna Economică nr. 44/1992; (I, 31)
- Neagu M., Popescu M.*, *Asset Deal sau Share Deal* în structurarea unei tranzacții imobiliare?, <http://www.juridice.ro/320091/asset-deal-sau-share-deal-in-structurarea-unei-tranzactii-imobiliare.html>;
- Nicolae M.*, Contractul de ipotecă (I), în R.D.C. nr. 9/1997;
- Nicolcescu V.*, Delapidarea și gestiunea frauduloasă. Asemănări și deosebiri, în R.D.P. nr. 4/2000;
- Oanță D., Vlad C.*, În așteptarea legii falimentului, în Adevărul din 4 octombrie 1994;
- Pașca V.*, Considerații privind răspunderea patrimonială pentru declararea prematură sau tardivă a insolvenței comerciale, în R.D.C. nr. 1/2005;
- Pașca V.*, Infracțiunile de bancrută frauduloasă prevăzute de Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în Phoenix nr. 11/2005;
- Pașca V.*, Gestiunea frauduloasă și delapidarea săvârșite de administratorul judiciar sau de lichidator, în Phoenix nr. 13/2005;
- Pătulea V.*, Sfera de aplicabilitate a prevederilor Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în Dreptul nr. 2/2005;
- Piperea Gh.*, Falimentul în dreptul internațional privat, în R.D.C. nr. 1/1996 și nr. 5/1996;
- Piperea Gh.*, În legătură cu aplicabilitatea procedurii reorganizării și lichidării judiciare în unele situații speciale, în R.D.C. nr. 7-8/1996;
- Piperea Gh.*, Procedura insolvenței ca proces civil – partea I, în R.R.D.A. nr. 1/2007;
- Piperea Gh.*, Procedura insolvenței ca proces civil – partea a II-a, în R.R.D.A. nr. 2/2007;
- Piperea Gh.*, Instituția administratorului special în procedurile de insolvență, în Phoenix nr. 25/2008;
- Piperea Gh.*, *Felix qui nihil debet*, în Phoenix nr. 46/2013;

- Popa C.*, Activități comerciale curente în perioada de observație, în *Phoenix* nr. 18, octombrie-decembrie 2006;
- Popescu C.L.*, Absența dreptului judecătorului-sindic de a sesiza Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate, în *R.D.C.* nr. 4/1998;
- Prescure T.*, Realizarea opozabilității față de terți a actelor și faptelor care intervin în cadrul procedurilor de reorganizare judiciară și/sau faliment, în condițiile Legii nr. 64/1995 și ale Legii nr. 83/1998, în *Phoenix* nr. 7/2004;
- Prescure T., Crișan R.*, Despre cerințele legale privitoare la desfășurarea unor activități economice de către persoanele fizice în lumina noii reglementări a Legii nr. 507/2002, în *R.D.C.* nr. 5/2003;
- Preușescu L.*, Considerații asupra lichidării falimentare, în *R.D.C.S.E.* nr. 9/1936;
- Pungă T.*, Cadrul instituțional în vigoare, relativ la procedura reorganizării judiciare și a falimentului. Dreptul întreprinderilor în dificultate, în *R.D.C.* nr. 2/2000;
- Pușcaș A.*, Înlocuirea administratorului judiciar și a lichidatorului. Responsabilitatea acestora, în *Phoenix* nr. 5/2003;
- Rusu N.O.*, Considerații privind posibilitatea modificării planului de reorganizare și a prelungirii perioadei acestuia, în *R.D.C.* nr. 10/2006;
- Rusu N.O.*, Procedura insolvenței și prescripția extinctivă. Elemente de interferență, în *R.R.D.A.* nr. 3/2006;
- Sărăcuț M.*, Desemnarea, confirmarea și înlocuirea administratorului judiciar, în *Phoenix*, nr. 47/2014;
- Spiridon C.C.*, Modificările Codului muncii privind protecția salariaților în cazul concedierilor colective, în *R.R.D.M.* nr. 3/2006;
- Stan M., Turcu I.*, O fică rebelă a dreptului privat – insolvența, în *Phoenix* nr. 24/aprilie-iunie 2008;
- Stan M., Turcu I.*, Pledoarie pentru o necesară înnoire a conceptului de insolvență, în *Phoenix* nr. 23/ianuarie-martie 2008;
- Stancu Gh.*, Internaționalizarea raporturilor juridice contractuale, în *Dreptul* nr. 5/2008;
- Stancu Gh., Ungureanu G.*, L'administrateur spécial participant à la procédure de l'insolvabilité, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara;
- Stancu Gh., Ungureanu G.*, Persoane cărora li se aplică procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în *R.D.C.* nr. 11/2004;
- Stoica V., Ungureanu G.*, The Categories of Debtors that are Applied the Insolvency Procedure, în P.R., supliment cuprinzând lucrările Conferinței Internaționale Bienale organizate în perioada 17-18 noiembrie 2006 de Facultatea de Drept din cadrul Universității de Vest din Timișoara;
- Stoica V., Ungureanu G.*, Unele considerații în legătură cu statutul practicienilor în insolvență, în *R.D.C.* nr. 4/2007;
- Șaramet V. (I), Ciuncan D. (II)*, Infrațiunea de delapidare. Fapta funcționarului de bancă de a-și însuși din sumele de bani pe care le mănuieste, în „Pro-lege” nr. 1/1997;
- Șarcane A.I.*, De ce este necesar Codul insolvenței?, în *Phoenix* nr. 47/2014;
- Șarcane A.I.*, Impactul art. 37 din Legea 64/1995 asupra creanțelor bugetare, în *Phoenix* nr. 9/2004;
- Șarcane A.I.*, Stabilirea onorariului administratorului judiciar/lichidator în practica unor instanțe, în *Phoenix* nr. 3/2003;
- Șarcane A.-I., Bufan R.*, Analiza comparativă a vânzării prin negociere directă și a vânzării prin licitație în procedurile Legii nr. 64/1995, în *Phoenix* nr. 5/2003;
- Șcheaua M.*, Supravegherea specială, administrarea specială și falimentul băncilor, în *R.D.C.* nr. 12/1998;
- Șoitu L.*, Stabilirea masei pasive a debitorului în procedura Legii nr. 64/1995, Simpozionul „Probleme actuale ale legislației insolvenței”, Brașov, 26-27 septembrie 2003;
- Ștefan I.*, Înlocuirea lichidatorului în procedura falimentului, în *R.D.C.* nr. 7-8/2005;

- Ștefănescu B., Considerații de ansamblu referitoare la Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, în *Dreptul* nr. 10/2006;
- Ștefănescu I.T., Concedierea salariaților pentru motive care nu țin de persoana lor, individuală și colectivă, în *R.R.D.M.* nr. 3/2006;
- Ștefănescu I.T., Interferențe recente între legislația muncii și legislația comercială, în *R.R.D.M.* nr. 3/2002;
- Ștefănescu I.T., Încetarea contractului individual de muncă în baza art. 86 din Legea 85/2006 privind procedura insolvenței, în *R.R.D.M.* nr. 2/2006;
- Ștefănescu I.T., Regimul creanțelor salariale în cazul insolvenței angajatorului, în *Dreptul* nr. 10/2006;
- Ștefănescu I.T., Beligrădeanu Ș., Prezentare de ansamblu și observații critice asupra noului Cod al muncii, în *Dreptul* nr. 4/2003;
- Tănăsică E., Deschiderea procedurii insolvenței la cererea creditorilor. Contestația debitorului, în *R.D.C.* nr. 4/2008;
- Toma M., Țiclea Al., Formele de asociere în agricultură reglementate prin Legea nr. 36/1991, în *Dreptul* nr. 7/1991;
- Turcu I., Aplicarea corectă a dispozițiilor art. 36 și 40 din Legea nr. 85/2006, în *Phoenix*, aprilie-iunie 2014;
- Turcu I., Consecințele deschiderii procedurii insolvenței comercianților, în *R.D.C.* nr. 1/2003;
- Turcu I., Deschiderea procedurii insolvenței comercianților, în *R.D.C.* nr. 11/2002;
- Turcu I., Deschiderea procedurii insolvenței comercianților, în *R.D.C.* nr. 12/2002;
- Turcu I., Organele care aplică procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în *R.D.C.* nr. 4/2000;
- Turcu I., Participanții la procedura insolvenței comercianților, în *R.D.C.* nr. 11/2002;
- Turcu I., Planul de redresare – o simplă relicvă istorică?, în *R.D.C.* 3/2005;
- Turcu I., Procedura falimentului între tradiție și inovație, în *R.D.C.* nr. 2/1995;
- Turcu I., Se poartă fiducia, www.juridice.ro;
- Turcu I., Suspendarea plăților – testul insolvenței – o posibilă soluție de echilibru între deschiderea precoce și deschiderea tardivă a procedurii, în *RDC* nr. 10/2005;
- Turcu I., Termenul legal pentru reconstituirea averii debitorului în procedura insolvenței, în *R.D.C.* nr. 6/2005;
- Turcu I., Ștefan I., Procedura insolvenței în permanentă reformă legislativă. Episodul V – Legea nr. 249/2005, în *R.D.C.* nr. 11/2005;
- Turcu I., Stan M., Legea privind procedura insolvenței – o nouă etapă în reforma legislativă, în *R.D.C.* nr. 6/2006;
- Țândăreanu N., Administratorul special în procedura insolvenței, în *R.D.C.* nr. 3/2010;
- Țândăreanu N., Administratorul special în procedura insolvenței, în *R.D.C.* nr. 6/2010;
- Țândăreanu N., Adunarea creditorilor și comitetul creditorilor în procedura insolvenței, în *R.D.C.* nr. 2/2008;
- Țândăreanu N., Domeniul de aplicare al procedurii insolvenței, în *Phoenix* nr. 15/2006;
- Țândăreanu N., Grupurile de interes economic, www.inm-lex.ro;
- Țândăreanu N., Particularități ale înscrierii unor creanțe la masa pasivă a debitorului aflat în insolvență și ale distribuirii în cazul acestora, în *R.D.C.* nr. 10/2004;
- Țândăreanu N., Stabilirea masei pasive în procedura reorganizării judiciare și a falimentului prin prisma noilor modificări aduse Legii nr. 64/1995 prin O.G. nr. 38/2002, în *R.D.C.* nr. 11/2002;
- Țiclea Al., Acte normative noi – Codul muncii, în *R.R.D.M.* nr. 1/2003;
- Țiclea Al., Capacitatea juridică a angajatorului – persoană fizică comerciant, în *R.D.C.* nr. 5/2003;
- Ținca O., Comentarii la Legea 467/2006 privind stabilirea cadrului general de informare și consultare a angajaților, în *R.R.D.M.* nr. 3/2007;
- Ungureanu D., Regimul juridic al creanțelor în cazul insolvabilității angajatorului în dreptul european, în *Phoenix* nr. 14/octombrie-decembrie 2005;

Ungureanu G., Rohnean D., Considerații teoretice privind modificările legislative intervenite în procedura reorganizării judiciare și a falimentului, în R.D.C. nr. 4/2006;

Urechia V.A., Justiția sub Ioan Caragea, Extras din Analele Academiei Române, Seria II, Tom XX, Memoriile secțiunii istorice, <http://digitool.dc.bmms.ro>;

Voiculescu N., Fondul de garantare pentru plata creanțelor salariale și protecția salariaților în cazul insolabilității angajatorului – legislație națională și comunitară, în R.R.D.M. nr. 2/2006;

Voşloban I.D., Procedura reorganizării judiciare și a falimentului comercianților în corelare cu procedura executării silite de drept comun, în Phoenix nr. 6/2003;

Studii, articole (autori străini)

Bainbridge S.M., The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine, în *Vanderbilt Law Review*, vol. 57, nr. 1, 2004;

Canet P., Liquidation judiciaire, în *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, no. 4, Décembre 2002;

Cassese S., L'ordre juridique global, în *Études en l'honneur de Gerard Timst*, Bruylant, Bruxelles, 2004;

Colombet C., De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements, în *RTD civ.*, 1965;

Derrida F., La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, în *Les Petites Affiches* nr. 133/1993;

Desprez J., La lésion dans les contrats aléatoires, în *RTD civ.*, 1955;

Esdorn J., Simowitz A., Freeman D., Ordinary Course Of Business' In Debt Agreements, www.law360.com;

Fairfax L., The Sarbanes-Oxley Act as Confirmation of Recent Trends in Director and Officer Fiduciary Obligations, în *St. John's Law Review*, vol. 76, nr. 4, 2002;

Gaudement J., L'élaboration de la règle en droit et les données sociologiques, în *Méthode sociologique et droit*, Paris;

Goubeaux G., Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens, în *Etudes dédiés à R. Roblot*, LGDJ, 1984;

Grua F., Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs, în *RTD civ.*, 1983;

Johnson L.P.Q., Corporate Officers and the Business Judgment Rule, în *The Business Lawyer*, vol. 60, 2005;

Kelsen H., Doctrina pură a dreptului, Ed. Humanitas, 2000;

Kilborn J.J., Two decades, three key questions, and evolving answers in European consumer insolvency law. Responsibility, discretion, and sacrifice, în Johanna Niemi, Iain Ramsay, William C. Whitford: Consumer credit, debt and bankruptcy. Comparative and international perspectives. Oxford, Hart Publishing, 2009;

Léoty D., La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique?, în *RTD civ.*, 1975;

Likillimba G.-A., Préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements, în *RTD com.* nr. 1/2009;

Loussouarn Y., Des résolutions amiables et judiciaires de ventes mobilières pendant la période suspecte, în *RTD com.*, 1949;

Mann C., Goldberger L.P., Hostile Takeovers in Bankruptcy. Prisoners of Exclusivity, www.turnaround.org/Publications/Articles.aspx?objectID=1657;

Marinč M., Vlahu R., The Economic Perspective of Bank Bankruptcy Law, FED Cleveland Conference on Resolving Insolvent Large and Complex Financial Institutions, 15 august 2011, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1822682;

Martin-Serf A., Répertoire de droit commercial, www.dalloz.fr;

- Murray J.C., Can a Bankruptcy Plane Wipe Out Default Interest?, în *Michigan Business Law Journal*, XXIII (1): 47-54, 2004;
- Paletta D., Lucchetti A., Law Remakes U.S. Financial Landscape (16 July 2010), <http://online.wsj.com>;
- Povel P., Singh R., Sale-Backs în Bankruptcy, www.jleo.oxfordjournals.org, 6 september, 2006.
- Reifner U., Kiesilainen J., Huls N., Springeneer H., Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union, 2003, Raport final, www.iaclaw.org;
- Soinne B., La répartition ou la mission impossible, în *Revue (française) des procédures collectives* nr. 3/1997;
- Soinne B., Bretzner J.-D., La clause de réserve de propriété et les nullités de la période suspecte, în *Rev. proc. coll.*, 1991, nr. 4;
- Shu-Acuaye F., Smith v. Van Gorkom Revisited: Lessons Learned in Light of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, în *DePaul Business and Commercial Law Journal*, vol. 3, 2004;
- Virgos M., Schmit E., Report on the Convention on Insolvency Proceedings, 1996;
- *** *Harmonization of Insolvency Law at EU Level*, emis de către Directorate – General for Internal Policies, Policy Department, Citizen's Rights AND Constitutional Affairs, sub egida Parlamentului European, 2010;
- *** Allen & Overy. New Insolvency Procedures for Banks and Building Societies, în *Bulletin. An essential guide summarising key features*, februarie 2011.

III. Culegeri de practică judiciară, dicționare

- Adameșteanu M., Popescu G., Suhan M., Dicționar italian-român, Ed. Corint, București, 2007;
- Baleyte J., Kurgansky A., Laroche Ch., Spindler J., Dictionnaire économique et juridique Français/Anglais, English/French, 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000;
- Costin M.N., Dicționar de drept internațional al afacerilor, Ed. Lumina Lex, București, 1996;
- Costin M.N., Leș I., Minea M.Șt., Radu D., Dicționar de drept procesual civil, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1983;
- Jornescu E., Țigăeru Gh., Practică judiciară în materie comercială. Jurisprudența comercială a Înaltei Curți de Casație, Curților de Apel și Tribunalului 1916-1947, vol. I, Ed. Lumina, București, 1991;
- Lovin E., Culegere de jurisprudență în materie de faliment pe 1999, RA Monitorul Oficial, 2001;
- Lungu M., Lungu M., Dicționar român-latin. Latin-român, Ed. Steaua Nordului, Constanța, 2003;
- Lupașcu D., Culegere de practică judiciară în materie comercială 2005, Ed. Universul Juridic, București, 2006;
- Muntean D.C., Jurisprudență comercială comentată, în R.D.C. nr. 2/2011;
- Pivniceru M.M., Susanu C.A., Susanu M., Procedura insolvenței. Practică judiciară 2006-2009, Ed. Hamangiu, București, 2009;
- *** Academia Română, Institutul de Lingvistică „Iorgu Iordan – Al. Rosetti”, Dicționarul explicativ al limbii române, Ed. Univers Enciclopedic Gold, București, 2012;
- *** Black's Law Dictionary, 9th ed., 2009;
- *** Buletinul jurisprudenței pe anul 2003, Ed. Lumina Lex, Cluj-Napoca, 2004;
- *** Buletinul jurisprudenței pe anul 2006, Ed. Sfera, Cluj-Napoca, 2007;
- *** Buletinul jurisprudenței pe anul 2007, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2000, Ed. Juris Argessis, Curtea de Argeș, 2001;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2003, Ed. C.H. Beck, București, 2004;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2004, Ed. C.H. Beck, București, 2005;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2005, Ed. C.H. Beck, București, 2006;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de decizii pe anul 2007, Ed. C.H. Beck, București, 2008;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 1999, Ed. Lumina Lex, București, 2000;

- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2000, vol. II, Ed. Lumina Lex, București, 2001;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2001, Ed. Lumina Lex, București, 2002;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2004, Ed. Lumina Lex, București, 2004;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2005, Ed. Lumina Lex, București, 2006;
- *** Buletinul jurisprudenței. Culegere de practică judiciară pe anul 2007;
- *** Consiliul Superior al Magistraturii. Jurisprudență națională 2004-2005, Ed. Brilliance, preluată din Lex Expert;
- *** Culegere de decizii pe anul 1958, Ed. Științifică, București, 1959;
- *** Culegere de decizii pe anul 1961, Ed. Științifică, București, 1962;
- *** Culegere de decizii pe anul 1966, Ed. Științifică, București, 1967;
- *** Culegere de decizii pe anul 1969, Ed. Științifică, București, 1970;
- *** Culegere de practică judiciară comercială, Ed. Brilliance, Colecția Lex Expert, Piatra Neamț, 2004;
- *** Culegere de practică judiciară comercială pe anii 2003-2004;
- *** Culegere de practică judiciară în materie comercială pe anii 1990-1998, Ed. All Beck, București, 1999;
- *** Culegere de practică judiciară în materie comercială pe anul 1999, Ed. Rosetti, București, 2001;
- *** Culegere de practică judiciară în materie comercială pe anul 2006;
- *** Culegere de practică judiciară în materie comercială pe anul 2006. Drept material și drept procesual, vol. I, Ed. Wolters Kluwer România, București, 2008; (VI, 32)
- *** Culegere de practică judiciară în materie comercială pe anul 2006. Drept material și drept procesual, vol. II, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008; (VI, 42, 2 note)
- *** Curtea de Apel Timișoara, Buletinul Jurisprudenței 2008, Ed. Universul Juridic, București, 2009;
- *** Encarta. World English Dictionary, Ed. Bloomsbury, London, 1999;
- *** Insolvența. Practică judiciară 2007. Legislație comercială 2006-2007. Recursul în interesul legii, Ed. Moroșan, Botoșani, 2007;
- *** Little Oxford English Dictionary, 9th ed., Oxford University Press, 2006;
- *** Ministerul Justiției, Culegere de practică judiciară pe anii 1999-2002, Ed. Rom System, București, 2002;
- *** Ministerul Justiției. Culegere de practică judiciară pe anul 2002, Ed. All Beck, București, 2003;
- *** Ministerul Justiției. Culegere de practică judiciară pe anul 2003, Ed. All Beck, București, 2004;
- *** Procedura insolvenței – Culegere de practică judiciară 2006-2009, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2011.
- *** Repertoriu alfabetic de practică judiciară în materie penală pe anii 1969-1975, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1988;
- *** U.N.P.I.R. Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară, vol. III., Ed. C.H. Beck, București, 2011;
- *** U.N.P.I.R. Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară, 2006-2009, vol. I, Ed. C.H. Beck.

INDEX^[1]

- Abuz de acțiune XIV 4
- Abuz de drept VI 65
- Abuz de încredere XX 22
- Accesorii ale creanței VIII 91, XXIII 5
- Achiziție de participații XII 72
- Achiziții publice VII 72
- Acord de insolvență transfrontalieră XIX 20
- Act de inventar XII 39
- Acte cu caracter fraudulos XXI 32
- Acte de conservare VI 84
- Acte dezechilibrate IX 21
 - admiterea acțiunii în anulare IX 29
 - caracter IX 23
 - depășirea vădită a prestației debitorului IX 24
 - dovada prețului derizoriu IX 28
 - nulitate parțială IX 26
 - nulitate totală IX 27
 - starea de încetare de plăți a debitorului IX 25
- Acte frauduloase IX 2
- Acte încheiate cu un coproprietar sau proprietar devălmaș asupra unui bun comun IX 57
- Acte încheiate în convență frauduloasă cu terții IX 30
 - absența intenției de a leza drepturile creditorilor IX 34
 - complicitatea terțului IX 30, 31
 - dovada complicității terțului IX 33
- Acte încheiate în cursul activității curente IX 7
- Acte juridice cu titlu gratuit din perioada suspectă IX 10
 - atitudinea subiectivă a părților contractante IX 12
 - calificare juridică IX 15
 - categorii IX 11
 - data IX 17
 - excepțiile de la incidența acțiunii în anulare IX 14
 - forma IX 16
 - întinderea obligației de restituire IX 12
 - probe IX 19
 - sancțiunea aplicabilă IX 13
- Acte juridice încheiate cu persoane având relații speciale cu debitorul IX 50-58
- Acte juridice încheiate cu scop special IX 49
- Acte nule. După deschiderea procedurii VII 48, 52-56
- Acte preparatorii XX 18
- Acte ulterioare deschiderii procedurii VII 12, 53
- Actio per manus injectionem* XII 1
- Activ al debitorului VIII 44 XI 104
- Activ patrimonial VIII 42
- Activ social VI 87
- Active lipsă VI 82
- Activitate curentă VI 84, VII 38, XXI 32
- Activități economice în interes personal XV 11
- Acționar semnificativ. Asigurări XVIII 25
- Acțiune civilă exercitată în procesul penal XX 21
- Acțiune în anulare. Acte ulterioare deschiderii procedurii VII 52-56
- Acțiune în anularea actelor frauduloase IX 73
 - domeniu de aplicare IX 2
 - răspunderea pentru insolvență XV 21
- Acțiune în despăgubiri X 15
- Acțiune în răspundere IX 72
- Acțiune în regres VIII 101
- Acțiune în rezilierea contractului începută anterior deschiderii procedurii X 8
- Acțiune în rezoluțiune III 26
- Acțiune pauliană IX 70
- Acțiune revocatorie falimentară II 9, XI 41
 - caracterul prioritar și exclusiv IX 70
 - consecințe în materia răspunderii fostelor organe de conducere IX 72
- Acțiune revocatorie IX 1, IX 59
- Acțiuni preventive II 61
- Administrarea unei afaceri XX 27
- Administrare specială XVII 6
 - societăți de asigurare XVIII 7, 16
- Administrator aparent XV 7
- Administrator concordatar III 3, 24, 25, XX 36
 - atribuții III 7

^[1] Cifrele romane fac referire la numărul capitolului, iar cifrele arabe fac referire la numărul paragrafului în care se regăsește termenul sau expresia în cadrul capitolului respectiv.

- confirmare III 8
- convocarea adunării creditorilor III 19
- onorariu III 8
- Administrator din umbră XV 7
- Administrator judiciar VI 58, 79, 82, 84, VII 31, VIII 23, X 13, XI 31, 89 XX 36
 - atribuții IV 37
 - desemnare IV 35
 - funcționar public asimilat XX 44
 - identificare a bunurilor debitorului VIII 52
 - onorariu IV 36
 - propunere de intrare în procedura simplificată VI 90
 - raportul ~ului VI 91, 94
 - sancționare VIII 73
 - soluții pe care le poate propune VI 85
 - supraveghere debitor IV 39
- Administrator special VI 79, 84, 89, VIII 64, X 4, XII 39
 - asigurări XVIII 17, 18, 19
 - atragere a răspunderii XI 42
 - atribuții IV 51, VII 31, 35, 66, 68
 - contestarea tabelului creanțelor VIII 104
 - desemnare IV 50, VII 31, 37
 - nedesemnare VII 34
 - răspundere II 10, IV 52
 - remunerație VII 33
- Administrator statutar VII 33, 36, 40, 43, 64, 71
- Admiterea cererii de înscriere a creanței VIII 69
- Adunarea creditorilor concordatari III 26
- Adunarea creditorilor I 29, VI 84, XXI 25
 - atribuții III 8
 - condițiile votului II 24
 - hotărârile ~ării IV 45
 - majoritatea cerută de lege XXI 27
 - prerogative XXI 26
 - ședințele ~ării IV 44
- Adunarea generală a creditorilor VI 91, 94
 - convocare IV 31, 43
- Amendă judiciară VIII 73
- Angajament anterior X 19
- Angajarea personalului necesar XVII 24
- Angajatori în stare de insolvență VIII 39
- Anularea actelor frauduloase IX 1, VI 81
- Anularea actelor încheiate în dauna creditorilor XXIII 3
- Anularea actelor sau operațiunilor frauduloase ale debitorului IV 23
- Anularea cererii creditorului VI 68
- Anularea contestației VI 76
- Anularea hotărârii adunării creditorilor IV 29
- Anularea sentinței VI 80
- Anularea transferurilor cu caracter patrimonial VI 58, 87
- Apel V 12, VI 80
 - soluții pronunțate în ~ V 15
- Aprobarea prealabilă a B.N.R. XVII 40, 42
- Arhivarea documentelor debitorului XIV 52
- Ascunderea unei părți din activul averii debitorului XX 15
- Asigurarea finanțării capitalului de lucru în limite curente XVI 25
- Asociat cu răspundere nelimitată VI 59, 60
- Asociație a pensionarilor VI 26
- Asociație familială VI 22
- Asociații sau acționarii debitorului IV 4
- Asociații și cluburi sportive VI 26
- Asociații și fundații înființate în temeiul O.G. nr. 26/2000 VI 25
- Asset deal XII 72
- Atingere adusă de procedura insolvenței principiilor dreptului comun al contractelor X 17
- Atribuții cu implicații financiare XXI 18
- Audierea creditorilor XIV 28
- Autoritate relativă a lucrului judecat XIX 13
- Autoritatea de Supraveghere Financiară XVIII 24, 25, 51
- Autorități naționale de control XIX 10
- Autorizație de funcționare
 - încetare de drept XVII 47
 - retragere XVII 39
- Auxiliari de comerț I 25
- Averea debitorului II 65, VIII 43, 44
 - caracterul divizibil VIII 45
 - noțiune XI 41
- Aviz consultativ XXI 18
- Avoidable Transactions IX 1
- B.N.R.** XVII 37
- Bancrută frauduloasă I 21, VI 91, 95, XIV 54, XV 12, XX 22
 - aspecte procesuale XX 19
 - conținut constitutiv XX 14
 - incriminare XX 11
 - latura obiectivă XX 14-16
 - latura subiectivă XX 17
 - legătura de cauzalitate XX 16
 - obiect juridic XX 12
 - obiect material XX 12
 - participatie penală XX 13
 - plângere prealabilă XX 20

- prevăzută în Legea nr. 85/2006 **XX 2**
- regim sancționator **XX 19**
- retragerea plângerii prealabile **XX 21**
- tentativă **XX 18**
- urmarea imediată **XX 16**
- Bancrută simplă VI 52, 91, XX 3**
 - acte preparatorii **XX 9**
 - aspecte procesuale **XX 10**
 - conținut constitutiv **XX 7**
 - incriminare **XX 4**
 - latura obiectivă **XX 7**
 - latura subiectivă **XX 8**
 - obiect **XX 5**
 - plângere prealabilă **XX 20**
 - retragerea plângerii prealabile **XX 21**
 - sancționare **XX 10**
 - subiecți **XX 6, 13, 14**
 - tentativă **XX 9**
- Bankruptcy Code XI 1**
 - cererea de reorganizare **XI 2**
 - competența **XI 1**
 - efectele deschiderii procedurii **XI 5**
 - modificarea planului **XI 8**
 - participanții la procedură **XI 4**
- Bankruptcy Restrictions Orders XIV 12**
- Bază de impozitare XXIII 22-24**
- Beneficiu de discuțiune VIII 22**
- Buget general XXI 1, 6**
- Bună-credință VI 37, 76, IX 62**
 - eroare scuzabilă **IX 34**
- Bunuri „DE” XII 41**
- Bunuri ale altor persoane afectate garantării obligațiilor debitorului VIII 19**
- Bunuri grevate cu cauze de preferință. Valorificare XI 38**
- Business as usual VII 38, IX 6, XI 79**
- Cale de atac extraordinară XIV 62**
- Cale de atac VI 80**
- Calendarul general VII 9, 62**
- Calitate procesuală activă în acțiunile revocatorii falimentare IX 64**
- Capital VIII 42**
- Caracter supletiv XIII 1**
- Caracterul colectiv al procedurii insolvenței II 49**
- Caracterul concursual al procedurii insolvenței II 50**
- Caracterul de remediu sau de executare silită al procedurii insolvenței II 54**
- Caracterul egalitar al procedurii insolvenței II 53**
- Caracterul general al procedurii insolvenței II 51**
- Caracterul judiciar al procedurii insolvenței II 48**
- Caracterul unitar al procedurii insolvenței II 52**
- Carcan I 9**
- Casarea hotărârii tribunalului VI 81**
- Casă de ajutor reciproc VI 26**
- Cash colateral VI 58, XII 45**
- Cash flow VI 41**
- Categorii de creanțe XI 114**
- Categorii prevăzute la art. 38 alin. (3) din Codul insolvenței VI 86**
- Cauțiune VI 64-66, 78, XV 27**
- Cauză de preferință II 13, 21, 29, 31, 32, VIII 4, 21, 26, 92, 98, IX 42**
 - data constituirii **IX 43**
 - modificare sau stingere **XI 59**
- Cauze de exonerare de răspundere XV 19**
- Cazuistica unor reorganizări reușite XI 23**
- Cazul KNPQwest XVI 29**
- Cazul Lehman Brothers XVI 30**
- Cazul Maxwell Communication Corporation XVI 28**
- Centrul principalelor interese XIX 1, 2, 4, 5, 13**
 - momentul în raport cu care se apreciază **XIX 6**
 - punct de legătură **XIX 8**
- Cerere comună de deschidere a procedurii insolvenței XVI 7**
- Cerere de admitere a creanțelor VI 91, 94, VIII 79, 81, XIX 16**
- Cerere de deschidere a insolvenței II 23**
- Cerere de deschidere a procedurii VI 44, 52, 55, 60, 67, 72, 75, 81, 85, XIX 3, 9, 11, 19**
 - creditorul care a introdus ~a **VI 91**
- Cerere de faliment introdusă de A.S.F. XVIII 29**
- Cerere de intervenție în interesul uneia dintre părți III 24**
- Cerere de intrare în faliment IV 27**
- Cerere de numire a practicianului VI 81**
- Cerere de plată II 27**
 - formulată de creditorii curenți ai debitorului **XII 5**
- Cerere de recunoaștere a procedurii străine XIX 13**
- Cerere necontencioasă VI 56, 69**
- Cererile creditorilor. Asigurări XVIII 28**
- Certificat de admitere la tranzacționare VI 59**
- Chapter 11 XI 2-6, 8**
 - structura **XI 7**
- Cheltuieli accesorii VIII 15, 28**

- Cheltuieli administrative XIV 26, 29, 54
 Cheltuieli aferente procedurii insolvenței XII 64
 Cheltuieli ale procedurii de faliment XIII 2
 Cheltuieli comune procedurii XIII 13
 Cheltuieli de autentificare a contractelor de vânzare-cumpărare XII 76
 Cheltuieli de conservare și administrare a bunurilor garantate XIII 7
 Cheltuieli de procedură II 19, 41, XII 77
 Cheltuieli necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor XIII 22
 Cheltuieli necesare pentru conservarea și administrarea bunurilor debitorului. Noțiuni XIII 12
 Chestiuni incidentale XIX 11
 Citarea părților IV 3, V 5
 Clauză de rezervă a dreptului de proprietate IX 39
 Codebitor solidar VIII 8, 18
 Codebitorul debitorului VIII 102
 Comerciant I 24, 25, VI 1, 4, 15-19, 21, 22-24, 28-30, 32, 33, 35, 36, 38, 60
 – persoană fizică VI 3, 33, XII 75
 Comisie de inventariere XII 40
 Comitet pentru situații de criză financiară XXI 10
 Comitet pentru situații de criză. Atribuții XXI 12
 Comitetul creditorilor VI 58, 84, X 4, XIX 19, XX 20, XXI 28
 – desemnare IV 46
 – ședințele ~ului IV 47
 Compensare a creanțelor VIII 103, IX 8
 Compensare globală a datoriilor între agenții economici I 34
 Compensări colective I 34
 Compensări datorate creditorului XIV 11
 Competență jurisdicțională XIX 3, 4
 Competență legislativă XIX 3
 Competență materială V 1
 Competență teritorială V 2
 Componentă transfrontalieră XIX 1
 Comunicarea deschiderii procedurii VII 10
 Comunicările Comisiei Europene XI 22
 Concediere colectivă VIII 38
 Conciliator III 3
 Concordat forțat XIV 13
 Concordat I 18, 30
 Concordat judiciar XIV 14
 Concordat obligatoriu XIV 16
 Concordat preventiv III 1, 7, VI 33, XXIII 2
 – acțiune în rezoluțiune împotriva ~ului III 26, 27
 – anulare III 24
 – aprobare III 20
 – atribuțiile judecătorului-sindic III 7
 – definire III 3
 – deschiderea procedurii III 11
 – încălcarea gravă a obligațiilor asumate de debitor prin ~ III 26
 – închiderea procedurii III 24, 27
 – negocieri III 17
 – nulitate absolută III 25
 – oferta de ~ III 12
 – omologare III 21-23, 24
 – organele care aplică procedura III 7
 – planul de redresare III 15
 – prelungire III 28
 – principii III 2
 – procedura III 6
 – procedură necontencioasă III 11
 – proiectul III 14
 – publicitatea procedurii III 13
 – realizare III 28
 – suspendare III 25
 – termen III 16
 – vot III 18-20
 – votul pentru aprobarea ~ului III 10
 Conexarea cererilor V 16
 Conflict de interese IV 48, XX 44
 Conflict de jurisdicții XIX 3, 8
 – noțiuni XIX 4
 Conflict de legi XIX 3, 8
 Conservarea bunurilor debitorului VIII 65, XII 42
 Conservarea drepturilor de creanță ale debitorului față de terți VIII 67
 Conservarea drepturilor debitorului VIII 68
 Consumator captiv XI 69
 Cont de profit și pierdere VI 59
 Contabilitate fictivă XV 11
 Contestarea hotărârii comitetului creditorilor IV 49
 Contestație a debitorului la cererea de deschidere a insolvenței II 12, IV 15
 Contestație împotriva actelor lichidatorului judiciar XII 53
 Contestație împotriva deciziei comitetului creditorilor XI 84
 Contestație împotriva măsurilor luate de practician IV 24, VIII 89
 Contestație împotriva tabelului de creanțe VIII 90, 95

- Contestație împotriva tabelului preliminar de creanțe VIII 104, 105
- Contestație împotriva vânzării la licitație publică XII 63
- Contestație la executare VI 77
- Contestație la judecătorul-sindic VIII 33
- Contestație privind creanțele creditorilor XII 26
- Contestație VI 76-78, 94
- Continuarea activității VII 38, XIII 7
- acte anulabile VII 48, 52-56
 - acte de gestiune curentă VII 49
 - activități curente VII 38
 - administrator statutar VII 40
 - autorizare VII 40, 45
 - delimitare VII 44
 - depășire condiții VII 45
 - finanțare VII 46
 - menținerea/denunțarea contractelor VII 40
- Continuarea unei activități care duce la încetarea de plăți XV 11
- Contract aleatoriu IX 22
- Contract comutativ IX 22, 23
- Contract de achiziție publică VII 72
- Contract de asigurare de bunuri VIII 66
- Contract de asociere XI 100
- Contract de cesiune părți sociale XI 100
- Contract de garanție. Nulitate VIII 90
- Contract de leasing financiar VIII 93
- Contract de servicii VII 72
- Contract de sponsorizare IX 14
- Contract forțat X 15
- Contract în curs de formare X 7
- Contract în derulare
- condiții X 6-8
 - efectele exercitării dreptului de opțiune asupra ~ului X 15
 - formele opțiunii asupra ~ului X 13
 - interesele protejate prin exercitarea dreptului de opțiune asupra ~ului X 14
 - momentul exercitării opțiunii asupra ~ului X 12
 - noțiune X 5
 - obiect al dreptului de opțiune X 5-10
 - punerea în executare a opțiunii practicianului asupra ~ului X 16
 - titularul dreptului de opțiune asupra ~ului X 11
- Contract suspendat la data deschiderii procedurii X 9
- Control fiscal XXIII 6
- Control. Noțiune XI 71
- Conversie a creanțelor bugetare în titluri de valoare XI 63
- Cooperare în materie civilă XIX 11
- Cooperare XIX 1
- Cooperativă agricolă VI 14, 25
- Coproprietar XX 24
- Coproprietarii bunului aparținând masei active VIII 18
- Cotă falimentară IX 41
- Cramdownpower XI 5
- Creanță a creditorului declanșator VIII 86
- Creanță a unei părți vătămate dintr-un proces penal VIII 82
- Creanță a unui creditor cu mai mulți debitori solidari VIII 100
- Creanță admisă în tabelul definitiv de creanțe VIII 89
- Creanță anterioară deschiderii procedurii VIII 83
- Creanță beneficiară a unei cauze de preferință VIII 4-16, 28, 84, 96, 97, 99, 107, XI 39, 47, XIII 7
- situații particulare VIII 17
- Creanță bugetară beneficiară a unei cauze de preferință VIII 26
- Creanță bugetară III 16, VI 91, 94, VIII 24, 83, 89, XI 114
- cerințe VIII 25
 - pentru care s-a instituit sechestrul VIII 29
- Creanță care nu este constatată printr-un titlu VIII 80
- Creanță certă VI 45, 47-50, 63, 70, 75, 77, 78, VIII 80, XIX 11
- Creanță cerută la plată VI 50, 78
- Creanță chirografară VIII 98, 99, 107, XI 70, 114, XIII 5, 7
- Creanță constând în obligații care nu au fost calculate în valoare monetară VIII 100
- Creanță constatată prin hotărâri arbitrale executorii VIII 88
- Creanță constatată prin hotărâri judecătorești executorii VIII 88
- Creanță constatată prin titluri executorii VIII 88
- Creanță cu rang util XII 68
- Creanță curentă VI 94, VIII 84, 93, IX 45, XII 28
- achitată la scadență XII 5
- Creanță de asigurări
- noțiune XVIII 25, 44
 - plata XVIII 21, 47
- Creanță de despăgubiri VI 52

- Creanță defavorizată XI 45
- Creanță exigibilă VI 45, 47-50, 63, 70, 75, 77, 78, XIX 11
- Creanță exprimată sau consolidată în valută VIII 100
- Creanță fiscală VIII 24, IX 42
- Creanță garantată cu un drept de preferință VIII 102
- Creanță garantată VIII 84, XIII 5, 7, XXI 24
- înscriere în tabel VIII 16
- protecție VIII 14
- Creanță inexistentă la data deschiderii procedurii XIII 5
- Creanță înscrisă provizoriu în tabelul de creanțe VIII 82
- Creanță însoțită de cauze de preferință născute în timpul procedurii, pentru finanțări acordate în timpul procedurii XIII 7
- Creanță însoțită de drepturi de preferință născute în timpul procedurii XIII 25
- Creanță lichidă VI 45, 47-50, 63, 70, 75, 77, 78, XIX 11
- Creanță născută anterior datei deschiderii procedurii XII 27
- Creanță născută după deschidere VII 42
- Creanță născută după începerea procedurii XIII 8
- Creanță născută ulterior datei deschiderii procedurii XII 27
- Creanță negarantată XXI 24
- Creanță nescadentă VIII 81, 102
- Creanță prezentată pentru a fi admisă și înregistrată la grefa tribunalului VIII 95
- Creanță salarială VIII 84, 85, XIV 38
- dovadă VIII 31
- garantată VIII 39
- înscriere în tabel VIII 31, 32
- noțiune VIII 30
- regimul preferențial VIII 34
- titlu constatator VIII 31
- titulari VIII 32, 33, 35
- Creanță sub condiție IX 44, VIII 81, 82
- Creanță subordonată IX 45, XVI 22, XVII 65
- Creanță valabilă VI 94
- Creanță
- acceptare VIII 23
- clasificare în Codul insolvenței VIII 3
- clasificare VIII 2
- nivelul ~ei XIII 24
- noțiune VIII 1
- rolul ~ei în procedură XIII 11
- Creanțe. Ordinea de plată VIII 16
- Creanțe. Reguli speciale de înscriere VIII 98
- Creditor al societății de asigurare XVIII 28
- Creditor bugetar VIII 24, 25, 27, 78, 83
- Creditor care beneficiază de o cauză de preferință VIII 5, 16, 18
- avantaje VIII 6
- prioritatea la distribuire VIII 16
- Creditor care se află sub control comun cu debitorul XI 70
- Creditor chirografar VI 62, 64, 67, VIII 22, XIV 9
- Creditor curent VI 62
- Creditor de asigurări XVIII 6, 25, 28
- Creditor defavorizat. Despăgubiri XI 46
- Creditor garantat VIII 20, XI 73
- Creditor indispensabil VI 62, VII 15, XI 69
- Creditor îndreptățit să participe la procedură VI 62, 91, XII 5
- Creditor îndreptățit să solicite deschiderea procedurii insolvenței VI 62
- salariați VIII 33
- Creditor majoritar IX 64
- Creditor necunoscut VII 61
- Creditor oponent VI 73, 74
- Creditor privilegiat XIV 8, 9
- Creditor străin VI 62
- Creditor titular al acelor cauze de preferință XI 58
- Creditor XI 30
- Criteriul naturii creanței XIII 10
- Criteriul *pro rata* XIII 13
- Criteriul rolului cheltuielilor în procedură XIII 10
- Criză financiară XIX 1, XXI 5
- cine o poate constata ori institui și la cererea cui XXI 7
- încetare XXI 15
- menținerea stării XXI 15
- noțiune XXI 6
- prelungirea stării XXI 15
- Culpa creditorilor XIV 28
- Curator special VII 32
- D**are în plată IX 35-38, 45, XI 57
- Data încetării plăților XI 13
- Data publicării convocatorului II 15
- Datorie certă, lichidă și exigibilă VI 56
- Datorii bănești VI 36
- Debitor contestator VI 76
- Debitor în dificultate financiară III 3
- definire III 6
- Debitor XI 29

- dizolvarea ~ului VI 91, 93
- radierea ~ului VI 70, 82, 91, 92, 95, XIV 55
- reinsertia în circuitul economic XI 119
- Debitori solidari XVI 21
- Decădere din drept VI 60, 76, 94
- Decădere din dreptul de a exercita funcția de administrator XV 31
- Decădere din dreptul de a fi înscris în tabelul creditorilor VI 91
- Decădere VIII 111
- Decăderi profesionale VII 20
- Decăderi și interdicții profesionale XIV 46
- Declarație pe propria răspundere VI 59
- Declarație privind starea de dificultate financiară III 13
- Deconfitură XXII 1
- Delapidare. Reglementare XX 32
- Denunțarea contractelor individuale de muncă VIII 35
 - *ad nutum* VIII 37
 - informarea angajaților VIII 36
- Denunțarea contractelor în derulare X 3, 4
- Depozit garantat XVII 28
- Depozit negarantat XVII 28
- Depozitar judiciar VIII 66
- Descărcarea de îndatoriri și/sau responsabilități a organelor care aplică procedura XIV 51, 52
- Descărcarea de obligații prin planul de reorganizare confirmat IX 61
- Descărcarea de răspundere XI 48
- Descărcarea debitorului de obligații II 36, XIV 53
 - excepții XIV 54
- Deschiderea involuntară a procedurii VI 42
- Deschiderea procedurii colective VI 71, 78, 83
- Deschiderea procedurii falimentului. Asigurări XVIII 26 și urm.
- Deschiderea procedurii
 - acte nule VII 12, 48, 52-56
 - acțiuni VII 14
 - administrator special VII 31
 - comunicare VII 10
 - continuarea activității VII 38-51
 - curator special VII 32
 - depunerea de date și informații VII 59
 - drept de administrare VII 17-37
 - efecte VII 3-7
 - informații VII 57
 - mențiuni VII 11
 - notificare VII 9, 60-62, VIII 78
 - opoziția creditorilor VIII 77
 - primele măsuri VII 8
 - suspendarea tranzacționării acțiunilor VII 14
 - utilități VII 15
 - valori mobiliare VII 14
- Deschiderea voluntară a procedurii VI 42, 44, 61
- Desemnarea persoanelor de specialitate de către administratorul judiciar IV 38
- Desfășurare normală a activității curente IX 6
- Despăgubiri IX 66, 67
- Determinarea legii aplicabile XIX 2, 3, 9
- Deturnare de active IX 72
- Deturnarea activului patrimonial XV 11, 13
- Dezechilibru economic VI 38
- Dezechilibru financiar VI 35, XXI 1
- Dezincriminare XX 42
- Distractio bonorum* I 7
- Distribuire.
 - creditori de asigurări XVIII 47
 - în interiorul fiecărei clase de creditori XIII 27
 - în paralel XIII 26
 - momente în care se efectuează XIII 3
 - noțiune XIII 2
- Distribuirea bunurilor XIV 31
- Distribuirea sumelor obținute din valorificarea bunurilor din averea debitorului VIII 99
- Distribuirea tuturor fondurilor sau bunurilor din averea debitorului XII 77
- Distribuție *pro rata* XI 38, 51
 - excepții XI 40
- Distrugerea evidențelor societății XX 15
- Divizare a debitorului XI 56
- Dizolvare dispusă de către judecătorul-sindic XII 18
- Dizolvare-sanctiune XII 18
- Dobânzi, penalități și majorări VIII 15
- Drept de administrare VI 57, 79, 81
 - ridicarea ~ului IV 21, VI 91, VII 17, VIII 104, XII 19, 37
- Drept de gaj general al creditorilor XX 1
- Drept de ipotecă II 62
- Drept de opțiune VI 85
- Drept de preferință VI 68, XI 61
 - constituit după deschiderea procedurii XIII 9
- Drept de răscumpărare al debitorului XIV 10
- Drept internațional privat comercial XIX 2
- Drept internațional privat XIX 1, 3, 13
 - norme de ~ în materia insolvenței XIX 4

- raporturi de ~ în domeniul insolvenței XIX 10
- raporturi de ~ în materia falimentului XIX 18
- Dreptul comerțului internațional XIX 1, 2
- Dreptul întreprinderii în dificultate I 17
- Drepturi ale salariaților I 17
- Drepturi câștigate ale creditorilor XI 84

Echilibru bugetar XXI 4

- Efect de comerț VI 48
- Efecte deschiderii procedurii insolvenței VI 81
- Efectele deschiderii procedurii. Societăți de asigurări XVIII 40-45
- Efectele recunoașterii unei proceduri străine principale de insolvență XIX 16
- Efectele recunoscute unei hotărâri judecătorești pronunțate într-un alt stat în materia insolvenței XIX 3
- Efectul insolvabil al deschiderii procedurii insolvenței II 30
- Element de extraneitate XIX 2, 8, 15
- Evaluare în bloc XII 47
- Evaluator independent XI 95
- Evaluator VIII 62, 63, XII 42, 46, 47
- Evidențele societății XX 12
- Evitarea închiderii procedurii XIII 7
- Excepția de necompetență V 3
- Excepția de neexecutare a contractului X 19
- Excepția de ordine publică în dreptul internațional privat XIX 15
- Excepția lipsei capacității procesuale XIV 43
- Excepția prescripției extinctive VIII 67
- Excepție de neconstituționalitate IV 11
- Excepții de la regula citării prin BPI V 8
- Exces substanțial IX 24
- Executare colectivă VI 1, 6, 10, 25, 29, 33, 45, 55, 73, 75
 - formă de ~ VI 92
 - inițierea procedurii VI 84
 - simplificarea procedurilor VI 82
- Executare individuală VI 75, 92, XIX 13
- Executare silită II 60, VI 23, 29, 30, 37, 40, 48, 55, 75, XI 100, 101, XIX 1, 11, 15
 - asupra bunurilor imobile II 64
 - proceduri paralele VI 82
 - suspendare II 7, 8
- Exercițiu fiscal XXIII 17
- Exigibilitate IX 45
- Expert XI 18
- Extincția personalității juridice XIV 55

Faliment clasic XXI 3

- Faliment deschis ca urmare a nerealizării planului de reorganizare XII 10
- Faliment direct XIII 5
- Faliment fraudulos XX 1
- Faliment I 3, 4, VI 1, 29, 31, 32, 35, 38, 46, 60, 68, 78, 79, 83, 95, XIX 9, 11, 18
 - accelerarea procedurii VI 82
 - caractere juridice XII 4
 - cazuri de aplicare XII 5
 - definiție XII 3
 - deschiderea procedurii XIX 10, 12
 - desfacerea contractelor individuale de muncă VI 94
 - efecte cu caracter general ale deschiderii ~ului XII 14
 - efecte cu caracter mediat XII 14
 - efecte imediate XII 14
 - efecte specifice XII 14
 - etimologie I 2
 - hotărâre de deschidere a procedurii VI 83
 - istoric
 - dreptul Orientului I 4
 - dreptul roman I 5-7
 - epoca medievală I 8-10
 - epoca modernă I 11-13
 - perioada contemporană I 14
 - în procedură generală neurmă de acceptarea sau confirmarea unui plan de reorganizare XII 9
 - în procedură simplificată cu perioadă de observație XII 8
 - în procedură simplificată fără perioadă de observație XII 6
 - în vechiul drept românesc I 25-27
 - notificarea deschiderii ~ului XII 15
 - noțiuni XII 2
 - primele reglementări legislative I 10
 - prin procedura generală XII 20, 24
 - prin procedura simplificată XII 24
 - profesioniști persoane juridice VI 90
- Falimentul instituțiilor de credit XVII
 - acte anterioare XVII 50
 - administrator interimar XVII 44
 - adunarea creditorilor XVII 36
 - aplicabilitate XVII 15
 - aprobarea B.N.R. XVII 40, 42
 - B.N.R. XVII 37
 - cereri introductive XVII 40-43
 - cheltuieli XVII 52
 - colectare sume XVII 29
 - comitetul creditorilor XVII 35

- competențe judecătorești-sindic XVII 17
- conducerea activității XVII 25-27
- contestarea stării de insolvență XVII 46
- contracte XVII 26
- creanțe subordonate XVII 65
- deschiderea contului unic XVII 22
- deschiderea procedurii XVII 48
- distribuire sume XVII 64
- fapte ilicite XVII 67
- hotărârile judecătorești-sindic XVII 18
- interdicție specială de înstrăinare XVII 49
- inventariere bunuri XVII 23
- închiderea procedurii XVII 71
- lichidare bunuri XVII 30
- lichidator judiciar XVII 19-34
- operațiuni curente XVII 45
- plan de distribuire XVII 52
- plata creanțelor garantate XVII 65
- procedura valorificării XVII 56
- raport asupra cauzelor XVII 30
- raport lunar XVII 31
- răspunderea organelor de conducere XVII 66
- reprezentantul acționarilor XVII 38
- retragerea autorizației XVII 39, 43
- sezișare judecătorești XVII 33
- situații financiare XVII 32
- starea de insolvență XVII 39
- valoarea-prag a creanței XVII 42
- Falimentul societăților de asigurare XVIII 1 și urm.
- subiecți XVIII 25
- Falit VI 64, 82, 83, 85
- lichidarea averii VI 91, 95
- Falsificarea evidențelor societății XX 14
- Fapte ilicite. Societăți de asigurări XVIII 48
- Fideiusiune VIII 98
- Fideiusor al debitorului VIII 18, 102
- Fideiusor VIII 8, 22
- Fiducie IX 20
- Filială VI 11,
- Filială. Asigurări XVIII 25
- Finanțare II 34
- Finanțarea activităților curente VII 46
- Folosirea bunurilor/creditelor în folos propriu XV 11
- Fond de comerț II 67
- Fond de garantare a asiguraților XVIII 10, 21-25, 47
- Fond de garantare a depozitelor în sistemul bancar XVII 20
- Fond de siguranță. Asigurări XVIII 5
- Fond special de lichidare XIV 26
- Forum shopping XIX 11
- Fraudarea creditorilor XX 22
- Fraudarea intereselor creditorilor XIV 27
- Fraudarea legii XIX 11, 14
 - prin introducerea artificială a unor elemente de extraneitate XIX 14
 - prin schimbarea punctelor de legătură XIX 14
- Fraudă IX 49, 68
- Fresh Start meritat XXII 4
- Fresh Start XXII 4
- Funcția economică a procedurii insolvenței II 57
- Funcționar public XX 35-37
- Funcționar public, în sensul legii penale XX 20
- Funcționar XX 44
- Furnizare utilități VII 15
 - cautiune VII 15
- Furnizor de utilități XI 81
- Furnizor indispensabil XI 19
- Fuziune XI 89-91
 - a debitorului XI 55
 - data de efect a ~unii XI 91
 - date financiare XI 94
 - rațiuni economice XI 92
- Gaj XIV 11
- Garanție III 23, VI 65, 66
- Garanție în numerar VI 58
- Garanție reală constituită după deschiderea procedurii XIII 9
- Garanție reală IX 40
- Garanție reală mobilă VIII 16
- Gestionarea bunurilor XX 33
- Gestiune frauduloasă
 - aspecte procesuale XX 31, 41
 - conținutul constitutiv al infracțiunii XX 27, 28
 - forma agravată XX 28
 - latura obiectivă XX 27, 28, 38
 - latura subiectivă XX 29, 39
 - obiectul juridic XX 24, 33
 - obiectul material XX 24, 34
 - regim sancționator XX 31, 41
 - reglementare XX 23
 - situație premisă XX 26
 - subiecți XX 25, 35
 - tentativă XX 30, 40
- Gestiunea averii debitorului. Natură juridică XII 33
- Ghidul legislativ UNCITRAL II 5, XI 21

Going concern XII 72Greșeli de management **XV 13**Grup de firme în insolvență **XI 88**Grup de interes economic I **38, VI 24, 57, 59, 61, 87, IX 53**

Grup de societăți

- acțiuni în anulare **XVI 23**
- autonomia juridică a societăților membre ale ~ului **XIX 19**
- competență **XVI 14**
- consolidarea procedurilor de insolvență **XIX 19**
- contracte de împrumut **XVI 25**
- control **XVI 9**
- coordonare procedurală **XVI 8**
- coordonarea procedurilor de insolvență **XIX 19, 20**
- definiție **XVI 9**
- deschiderea procedurii **XVI 19, 20**
- dispoziții speciale **XVI 2**
- domeniu de reglementare **XVI 13**
- elemente procedurale specifice **XVI 19**
- finanțarea intragrup **XVI 25**
- închiderea procedurii **XVI 26**
- înscrierea creanțelor creditorilor obișnuiți **XVI 21**
- înscrierea creanțelor membrilor grupului **XVI 22**
- jurisprudență relevantă în privința insolvenței transfrontaliere a ~ului **XVI 27**
- legiferare **XVI 3**
- membru al ~ului **XVI 10**
- membru controlat al ~ului **XVI 10**
- noțiune **XVI 1**
- obligația de cooperare **XVI 11**
- organe care aplică procedura **XVI 15**
 - administratorul judiciar **XVI 16**
 - administratorul special **XVI 17**
 - comitetul creditorilor **XVI 18**
 - judecătorul-sindic **XVI 15**
- participație calificată **XVI 9**
- plan de reorganizare **XVI 24**
- reunirea procedurilor **XIX 19**
- sisteme de transpunere a legislației în sistemele de drept intern **XVI 4**

Grup european de interes economic **VI 24****Hair-cut IX 61, XI 1, 41, 76, XIII 9**

Hotărâre de deschidere a procedurii

insolvenței **IV 13**Hotărâre de închidere a procedurii insolvenței **XIV 60**– contestare **XIV 61**Hotărâre de închidere a procedurii. Societăți de asigurări **XVIII 50****I**dentificarea bunurilor din averea debitorului **VIII 55, 56**Impozit pe profit **XXIII 19**Impozite și taxe locale **XXIII 30**Inadmisibilitate **VI 50**Incapacitate de plată **VI 33, 36, 37, 77**Incapacități speciale de folosință **VII 20**Incident procedural **VIII 21**Infrațiuni de serviciu în legătură cu procedura insolvenței **XX 44**Infrațiuni. Acțiunea în răspundere pentru insolvență **XV 22**Insolvabilitate I **3, VI 29, 30, 31, 32, XX 2, 7, 22***Insolvency Act XIV 12**Insolvency rules XIV 12*Insolvența grupului de societăți II **44**

Insolvența persoanei fizice

- bună-credință **XXII 30**
- destinatari **XXII 27, 28**
- drept comparat **XXII 4-21, 26**
- faliment scuzabil **XXII 30**
- necesitatea reglementării **XXII 22**
- principii **XXII 25**
- reglementarea UE **XXII 2, 3, 24**
- scop **XXII 25**
- supraîndatorarea **XXII 29**

Insolvența societății de asigurare **XVIII 27**Insolvență „propriu-zisă” **VI 34, 39, 51, 53, 56**

Insolvență a unităților administrativ-teritoriale

- cine poate solicita deschiderea procedurii **XXI 17**
- închiderea procedurii **XXI 29, 31**
 - efecte **XXI 30**
- noțiune **XXI 16**
- participanți **XXI 18**
- răspunderea patrimonială a celor vinovați de starea de ~ **XXI 33**
- rolul judecătorului-sindic **XXI 18**

Insolvență actuală **VI 42, 44, 56, 72, 74, 92**Insolvență cu elemente de extraneitate **XIX 1**Insolvență frauduloasă. Forme de răspundere penală **XX 1**Insolvență iminentă **VI 34, 39, 40, 42, 44, 51, 53, 56, 58, 61, 63, 72, 74, 83, 86, 87, 92, XIX 19, XX 3**Insolvență prematură **VI 39**Insolvență prezumată ca fiind vădită **VI 34, 63, 67**

Insolvență prezumată VI 39, 40, 64, 87

Insolvență transfrontalieră XIX 1, 2, 6

Insolvență vădită VI 34, 64, 74, 83

Insolvență

– consacrarea noțiunii I 37

– originea noțiunii I 3

Inspekția fiscală XXIII 8

Instanța competentă IV 7

– societăți de asigurări XVIII 31

Instituție de credit XIX 5, 18

– administrare specială XVII 6

– administrator special XVII 7

– faliment XVII 12-75

– insolvență XIX 7

– lichidator judiciar XVII 19 și urm.

– măsuri de stabilizare XVII 9

– măsuri pre-falimentare XVII 4

– noțiune XVII 15

– sucursală XVII 15

– supraveghere specială XVII 5

Insuficiența elementelor de activ XIV 6

Interdicția înstrăinării participațiilor. Societăți de asigurări XVIII 40

Interes IX 61

Interpretare gramaticală XIII 13

Interpretare teleologică XIII 13

Introducere prematură a cererii VI 52, 53, 55

Introducere tardivă a cererii VI 52

Inventar VIII 61

Inventarierea bunurilor debitorului VIII 59, XII 37

– întocmirea listelor VIII 63

– rapoarte de evaluare VIII 60

– scop VIII 62

– termen VIII 60, XII 38

– valorificarea de urgență VIII 61

Inventarul activului falimentar I 27

Ipotecă legală IX 42

Ipotecă VIII 20

Încălcarea a principiului libertății contractuale X 17

Încetare a contractului X 8

Încetare a plăților notorie VI 38

Încetare a plăților VI 29-31, 33-35, 38, 41, 47, 53, 62, 77, XIX 10

Încheiere de deschidere a procedurii generale VI 93

Încheiere de deschidere a procedurii VI 73

Încheiere VI 72, 78, 79, XII 13

Încheierea de acte juridice între debitor și membrii din conducerea sau supravegherea debitorului IX 55

Închiderea procedurii insolvenței IV 32, XII 77

– cazuri atipice XIV 42

– cazuri speciale XIV 41

– chiar înainte de lichidarea tuturor bunurilor XIV 34, 35

– după lichidarea completă a activului XIV 34, 36

– efecte generale XIV 49-54

– efecte specifice XIV 55-59

– în Anglia XIV 12

– în Austria XIV 13

– în Belgia XIV 14, 15

– în caz de faliment XIV 29, 31, 33

– în caz de reorganizare XIV 29, 30, 32

– în cazul lipsei creditorilor XIV 38

– în condițiile Codului insolvenței XIV 24

– – cazuri XIV 25

– în condițiile Legii nr. 64/1995 XIV 22

– în condițiile Legii nr. 85/2006 XIV 23

– în Finlanda XIV 16, 17

– în Germania XIV 18

– în Irlanda XIV 19, 20

– în Italia XIV 21

– în perioada de observație XIV 40, 45

– în SUA XIV 8-11

– pentru lipsa de fonduri XIV 26-28

Închiderea procedurii în legislația franceză XIV 2

– calendarul XIV 4

– comparativ cu procedura din SUA XIV 7-10

– condiții XIV 3

– pentru insuficiența elementelor de activ XIV 6

– pentru stingerea pasivului XIV 5

Închiderea procedurii XI 119

– considerente generale XIV 1

– pentru lipsa de fonduri XIV 47

– societăți de asigurări XVIII 49

Încrederea reciprocă între statele membre XIX 17, 18

Îndeplinire a planului XIV 57

Îndestulare a creditorilor I 31

Înfățișarea de datorii inexistente XX 15

Înregistrarea creanțelor. Notificare VIII 77

Înscrierea creanței în tabelul de creanțe VIII 92

Înscrierea creanțelor în tabelul preliminar VIII 103

Înscriș sub semnătură privată VI 48

Înscris **VI** 42

Întreținerea, în fraudă creditorilor, a unei părți din active **XX** 16

Înșelăciune în convenții **XX** 22

Întrebare preliminară cu privire la interpretarea Regulamentului Consiliului (CE) nr. 1346/2000 **XIX** 5

Întrebare preliminară **XIX** 6, 9

Întreprindere familială **VI** 2, 3, 20, 21, **XII** 75

Judecător-sindic **VI** 1, 10, 29, 32, 40, 41, 49, 52, 53, 55, 58-60, 64-66, 68-80, 84, 85, **X** 4
 – atribuții **I** 28, **II** 45, **III** 7, **IV** 10, 12, 33, **XI** 74, **XX** 20
 – atribuții societăți asigurare **XVIII** 34
 – competență **IX** 5
 – depășire limite activitate curentă **VII** 55
 – falimentul instituțiilor de credit **XVII** 17, 18

Legea forului **XIX** 4

Legea națională **XIX** 9

Leziune **IX** 23

Lichidare forțată administrativă **I** 19

Lichidare **I** 36, **VI** 57, 59, 79, 82, 87, **VIII** 12

– accelerarea procesului **VI** 83

– judiciară **VI** 34, 83, 93

– scopul procedurii **XII** 45

– societăți de asigurări **XVIII** 46

– voluntară **VI** 10

Lichidarea averii debitorului **XI** 57, 58

Lichidarea bunurilor debitorului **VIII** 68

– principii **XII** 44

Lichidarea bunurilor **I** 18

Lichidator judiciar **VI** 58, 84, **VIII** 23, **X** 13, **XIX** 17, **XX** 36

– atribuții **IV** 41

– desemnare **IV** 40

– funcționar public asimilat **XX** 44

– obligații **VIII** 52

– răspundere **XII** 40

– sancționare **VIII** 73

– societăți de asigurări

– atribuții **XVIII** 36

– contestații **XVIII** 37

– desemnare **XVIII** 32

– înlocuire **XVIII** 38

Lipsa resurselor financiare. Societăți de asigurări **XVIII** 50

Lista bunurilor debitorului

– înscris sub semnătură privată **VIII** 52

– întocmire **VIII** 48, 51

– natura juridică a termenului întocmirii **VIII** 53

– obligația întocmirii **VIII** 53, 54

– verificare **VIII** 55

Lista creditorilor de asigurări **XVIII** 21

Lista creditorilor **VII** 61

– întocmire **VIII** 75

Lista plăților **VII** 59

Litigiu între sau cu profesioniști **XXI** 6

Majorări de întârziere **VIII** 28

Mandat ad-hoc **III** 2, **VI** 33

– procedura **III** 4

Mandat judiciar **XII** 34

Mandat **XVI** 7

Mandatar ad-hoc **III** 5

Manusiniectio **I** 5

Marja de solvabilitate. Societăți de asigurări **XVIII** 5

Masă activă

– a falimentului **XII** 45

– noțiuni **VIII** 40, 46

– stabilire **VIII** 40, 48, 50

– în procedura simplificată **VIII** 49

Masă credală **VI** 32, 36, 58, 63, 81, **VIII** 69

– creanțe declarate **VI** 82

– noțiuni **VIII** 47

– structuri reprezentative **VI** 84

Masă pasivă

– a falimentului **XII** 45

– caracterele procesului de stabilire **VIII** 70

– competența de stabilire **VIII** 72

– etapele parcurse în vederea stabilirii **VIII** 74

– funcțiile procesului de stabilire **VIII** 71

– noțiuni **VIII** 69

Maximizarea averii debitorului **VIII** 63, **XII** 53, 55, 76

Maximizarea gradului de valorificare a activelor și de recuperare a creanțelor **XII** 44

Mărirea fictivă a pasivului **XV** 11

Mărturisire **VI** 34, 37, 44, 61

Măsuri asigurătorii **VIII** 18, **XV** 27

Măsuri de stabilizare **XVII** 9

Mențiunea „în faliment” **XII** 16

Mențiunea „în insolvență” **VII** 13

Mențiunea „Societate de asigurare/reasigurare în faliment” **XVIII** 33

Mențiunea deschiderii procedurii **VII** 11

Metode de reorganizare **XI** 87, 89

Mic comerciant I 19

Mijloace ruinătoare VI 34, 35, 37, 42

Mod de funcționare a acțiunilor în anularea actelor frauduloase IX 59

Modificarea sentinței tribunalului VI 81

Modificarea tabelului de creanțe VIII 102

Mofluz XXII 1

Moratoriu pre-falimentar I 29

Moratoriu VI 38, 40

Natura creanței drept criteriu prioritar de clasificare XIII 11

Natura juridică a procedurii insolvenței VI 48

Natură contractuală XII 74

Naționalitatea persoanei juridice XIX 9

Neconstituționalitatea O.U.G. nr. 91/2014 I 39

Nedepunerea diligențelor pentru valorificarea unor drepturi XV 13

Negociere amiabilă a creanțelor XXIII 1

Neînregistrarea creanțelor XIV 59

Nepredarea documentelor contabile VII 58, XV 13

Nesoluționarea în termenul legal a unei cereri XXI 8

Nevirarea obligațiilor fiscale reținute XV 13

No retribution without distribution XIII 2

Norme de ordine publică VI 77

Notificare a creditorilor V 10

Notificare a deschiderii procedurii V 7, VII 9, 60-62

Notificare a participanților cu sediul în străinătate V 9

Novație prin schimbare de obiect IX 35

Novație VIII 14

① U.G. nr. 46/2013. Subiecte cărora li se aplică XXI 2

Obiectul procedurii insolvenței II 59

Obligația de a parcurge procedura prealabilă XXI 9

Obligația de confidențialitate III 5

Obligația depunerii de date și informații VII 59

Obligații de plată angajate. Depășire a unui anumit prag procentual din bugetul general XXI 1

Obligații fiscale XXIII 11

Obstrucționarea justiției XX 43

Ofertă obținută *pro causa* XI 69

Operațiuni de asigurare XVIII 2

Opozabilitatea privind deschiderea procedurii insolvenței. Cerințe VIII 76

Opoziție la deschiderea procedurii de insolvență IV 16

Opoziție VI 73-75

Ordine de preferință. Schimbare IX 43

Ordine de prioritate a creanțelor IX 66

Ordine publică de drept internațional XIX 9, 14, 15

Ordinul conducătorului ierarhic XX 13

Ordonanță președințială III 25, XII 34

Organe de conducere și/sau supraveghere XV 5-7

Organizație cooperatistă VI 87

Organizație sindicală VI 26

Partaj între acționari XIV 35

Parte responsabilă civilmente XX 21

Participarea debitorului la licitații II 14

Partid politic VI 27

Pasiv al debitorului XI 104

Pasiv exigibil XIV 5

Pasiv neacoperit XV 15

Patrimoniu II 66

– noțiune VIII 41

Patronat VI 26

Perioadă de observație VI 83, 84, VII 38, VIII 57, 107, X 4, 12, XI 13, XII 13, XIII 4, 5, XXIII 9

– durată II 25

– scurtă VI 85

Perioadă suspectă I 10, IX 69, XVI 23

– executări silite pornite IX 73

– generală VI 58, IX 62

– specială IX 63

Persoană fizică autorizată XII 75

Persoane semnificative. Asigurări XVIII 25

Personalitate juridică VI 10

Piloriu I 9

Plan de redresare financiară

– aprobare XXI 12

– asigurări XVIII 7, 11-15

– cine îl asumă XXI 12

– modificare XXI 13

– natură juridică, conținut, rol XXI 11

Plan de redresare

– conținut XXI 20, 24

– -- coordonate esențiale XXI 21

– executare XXI 24

– natură juridică XXI 19

– rol XXI 22, 24

Plan de reorganizare II 18, IV 25, VI 60, 76, 82, 86, XI 88

– atribuțiile judecătorului-sindic XI 75

- calitate procesuală activă de a propune ~ul XI 29, 30
- confirmare IV 26, VI 94, XI 72-74
- conținut XI 35-43
- de succes VI 92
- decădere din dreptul de a propune un ~ VI 89
- descărcare de obligații XI 77
- efectele confirmării XI 75
- finanțare XI 50-52, 106
- implementare XI 78, 119
- în reglementarea Legii nr. 64/1995 XI 17
- măsuri adecvate de implementare XI 49
- modificare XI 66, XXIII 15
- modificarea actului constitutiv XI 61
- modificarea unora dintre clauzele contractuale XI 60
- noțiuni generale XI 27
- prelungirea termenului de depunere XI 32
- publicitate XI 67
- realizare VI 90
- reguli de tratament al creanțelor prevăzute XI 44
- situațiile de incompatibilitate privind depunerea XI 34
- termen de realizare XI 65
- tratament corect și echitabil XI 73
- unicitate XI 75
- viabil VI 83, 87
- votare XI 68-70
- votul pentru aprobare II 35, 37-39
- Plângerea prealabilă a persoanei vătămate XX 20, 31
- Plata contractelor menținute II 26
- Plata creanțelor curente XI 80, 83
- Plata creanțelor II 28, XI 111-113, 115
- Plata datoriilor nescadente IX 44
 - efectele nulității IX 45
 - mijloace de plată admise IX 48
 - modalități IX 45
 - poziția cocontractantului IX 47
- Plata pasivului XIV 9
- Plată după deschiderea procedurii VII 51, 53
- Plată în numerar IX 45
- Plată în rate XII 74
- Plată nedatorată VIII 88
- Plată parțială VI 41
- Plăți anticipate ale datoriilor XV 11
- Plăți efectuate după deschiderea procedurii XIII 6
- Plăți încasate în timpul reorganizării XI 84
- Plăți prin efecte de comerț IX 44
- Plăți ruinătoare III 26
- Plăți și transferuri frauduloase XIV 54
- Poprire II 63
- Poziție de control IX 56
- Poziție dominantă IX 56
- Practician în insolvență VI 58, 68, 73, 79, 84, X 4, 13, 18
 - atribuții în conservarea bunurilor VIII 66
 - desemnare IV 17, 18
 - desemnat. Confirmare IV 19
 - dovada calității de ~ XII 21
 - înlocuire IV 20
 - obligațiile ~ului XXIII 10
 - regimul de protecție al ~ului IV 39
 - reprezentarea exercitată de ~ IV 34
 - rol activ VIII 90
 - verificarea listei bunurilor debitorului VIII 55
- Predarea gestiunii averii debitorului XII 31
- Prejudiciu
 - limitare XV 14, 15
 - pasiv neacoperit XV 15
- Preluare în contul creanței II 20
- Preluare ostilă XI 61
- Pre-pack-restructuring plan* XI 33
- Prescripție extinctivă a acțiunii în răspundere pentru insolvență XV 25
- Prescripție extinctivă VI 50, 71, 76, VIII 90
- Preț derizoriu IX 28
- Prezentarea în registrele debitorului, în alt act sau în situația financiară de sume nedatorate XX 15
- Prezumție a caracterului fraudulos al actului XXI 32
- Prezumție a încetării activității comerciale VI 89
- Prezumție de favorizare a unor creditori prin fraudarea drepturilor celorlalți creditori IX 41
- Prezumție de fraudă IX 19, 43, IX 59, 60, XI 49, 85
- Prezumție de insolvență VI 34, 50, 77, 78, IX 44, XXI 16
- Prezumție de validitate a creanțelor VIII 85
- Prezumție legală XV 26
- Prezumție VI 34, 43, 77, XIX 5, 16
- Primele măsuri VII 8
 - societăți de asigurări XVIII 33
- Principiile Băncii Mondiale privind insolvența și drepturile creditorilor XVI 5
- Principiile europene II 4
- Principiile procedurii insolvenței II 1

- funcția integratoare II 2
- Principiile *World Bank* (Băncii Mondiale) II 3
- Principiul „prețul cel mai mare” XII 68
- Principiul celerității VI 84, XII 55
- Principiul continuității serviciilor publice XXI 14
- Principiul egalitarismului aplicabil tuturor creditorilor IX 44
- Principiul irevocabilității contractului X 18
 - excepție X 19
- Principiul maximizării averii debitorului X 2, 14
- Principiul ordonării rangului creditorilor IX 21
- Principiul solidarității obligațiilor VIII 101
- Principiul suprasolvirii VIII 101
- Prioritatea creanței VIII 92
- Prioritatea creanțelor curente XI 38
- Proba cu înscrisuri VI 77
- Proba testimonială VI 42
- Problemă de constituționalitate XXI 18
- Procedura de citare în calea de atac V 11
- Procedura de înregistrare a creanțelor provenind din contracte de leasing VIII 92
- Procedura de prevenire a insolvenței II 11
- Procedura de reorganizare judiciară în sistemul de drept francez XI 10
 - cererea privind deschiderea ~urii XI 11
 - deschiderea ~urii XI 14
 - efectele deschiderii XI 15
 - participanți XI 12
 - persoanele ce pot fi supuse ~urii XI 11
 - planul de reorganizare XI 15
 - prioritatea creanțelor XI 16
- Procedura falimentului IV 14, XXIII 16
- Procedura generală VI 2, 57, 73, 78, 82, XII 13, 15
 - definiție VI 92
 - domeniu de aplicare VI 87, 93
 - etape XII 10
 - noțiuni XII 3
 - participanți VI 84
 - subiecți VI 93
 - trăsături VI 92
- Procedura reorganizării în Codul insolvenței XI 26
- Procedura simplificată VI 2, 8, 28, 56, 57, 59, 73, 78, 82, VIII 57, 107, XII 10, 20, XIX 10
 - condiții XII 13
 - definiție VI 85
 - domeniu de aplicare VI 87
 - intrare de drept în ~ VI 90
 - momentul aplicării VI 90
 - noțiuni XII 3
- participanți VI 84
- situații în care poate fi deschisă VI 89
- subiecți VI 83
- trăsături VI 86
- Procedura valorificării
 - aprobarea modalității de lichidare XVII 58
 - cerere de ofertă XVII 60
 - comunicarea ofertei XVII 61
 - consultarea B.N.R. XVII 57
 - distribuire sume XVII 64
 - noțiuni XVII 56
 - ședință de informare XVII 59
- Procedura verificării creanțelor I 27
- Procedură colectivă I 16, VI 45, 48, 49, 51-53, 56, 58, 63, 64, 66, 67, 72, 74, 75, 77, 78, 81
 - deschidere VI 84
 - organe care o aplică VI 85
- Procedură contencioasă VI 69, 75
- Procedură de conciliere VI 33
- Procedură execuțională XII 64
- Procedură necontencioasă V 6, VI 69, 72
- Procedură particulară de insolvență XIX 17
- Procedură prealabilă VI 63
- Procedură străină principală XIX 13, 17
- Procedură străină secundară XIX 13, 17
- Proces civil cu element de extraneitate XIX 3, 4
- Proces fiscal XXIII 18
- Proces-verbal de adjudecare XII 76
- Procurarea de fonduri prin mijloace ruinătoare XV 11
- Profesii liberale VI 2, 18, 20, 23, 25, 27
- Profesionist al cărui administrator nu poate fi găsit VI 88
- Profesionist al cărui sediu social/profesional nu mai există sau nu corespunde adresei din registrul comerțului VI 89
- Profesionist ale cărui acte constitutive sau documente contabile nu pot fi găsite VI 88
- Profesionist care nu deține niciun bun în patrimoniu VI 87
- Profesionist persoană fizică VI 15, 18, 19
- Profesionist VI 2, 3, 5, 17, 18, 21, 25, 27, 28, 42, 43, 51, 60, 69, XII 3
- Profit I 1
- Program de administrare a lichidării XII 43
- Program de plată a creanțelor VI 59, XI 37, XIII 2
- Program de plăți XI 75, 83
- Promisiune unilaterală de vânzare X 7
- Protecția creditului VI 43
- Protecția drepturilor creditorilor XII 47

Protecția oferită practicianului în insolvență II 46

Protejarea creditorilor garantați XIII 26

Protocol de cooperare XVI 16

Provizion de constituit XIII 8

Provizion de constituit pentru cheltuieli viitoare XIII 9

Provizion fiscal XXIII 4, 21

Provizionarea unor sume rezultate din lichidare XIV 35

Publicitatea stării de faliment. Societăți de asigurări XVIII 33

Punct de legătură XIX 8

Radierea persoanei juridice XIV 29

Radierea societății XIV 32

Rangul creanțelor cu preferință generală XII 67

Rapoarte societăți de asigurare XVIII 39

Raport asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția insolvenței. Mijloc de probă XV 26

Raport de activitate II 16

Raport de cauzalitate XV 16

Raport de evaluare II 17, IV 28, XII 46

– accesul creditorilor la ~ul XII 49

– natură juridică XII 50

– necesitatea aprobării ~ului de către creditorii XII 51

– obiecțiuni VIII 64, XII 50

Raport de expertiză XII 50

Raport final VI 91, 95

Răspundere contractuală XV 8

Răspundere delictuală VI 40, 53, 55, 65, VIII 18, XV 8 și urm.

– alte fapte ilicite XV 13

– cauze de exonerare XV 19

– fapte ilicite prevăzute de lege XV 11

– pentru fapta proprie VI 53, 54

– prejudiciu XV 14, 15

– solidaritate XV 18

– vinovăție XV 17

Răspundere nelimitată și solidară VI 59

Răspundere patrimonială VI 74

Răspundere subsidiară VI 59

Răspunderea administratorului societar XIV 48

Răspunderea de drept comun a organelor de conducere/supraveghere XV 20

Răspunderea membrilor organelor de conducere IV 22, XIV 22, XX 21

Răspunderea organelor de conducere. Societăți de asigurări XVIII 48

Răspunderea pentru intrarea debitorului în insolvență

– alte fapte ilicite XV 13

– anularea actelor frauduloase XV 21

– apel XV 28

– calitate procesuală activă XV 24

– cauze de exonerare XV 19

– competența XV 23

– condiții XV 9

– domeniu de aplicare XV 4

– fapte ilicite prevăzute de lege XV 11

– hotărâre XV 29

– infracțiuni XV 12

– măsuri asigurătorii XV 27

– natură juridică XV 8

– persoane răspunzătoare XV 5-7

– prejudiciu XV 14, 15

– prescripție XV 25

– probe XV 26

– proces penal XV 22

– raport de cauzalitate XV 16

– răspunderea de drept comun XV 20

– regula judecătii de afaceri XV 2, 19, 20

– sancțiuni nepatrimoniale XV 31

– solidaritate XV 18

– vinovăție XV 17

Răspunderea persoanei juridice pentru fapta proprie VI 53, 54

Rea-credință VI 37, 44, 51-53, 55, 65, 67, 74, 76, 78, IX 8, XX 29, XXI 17

Recunoașterea hotărârii străine de deschidere a procedurii de insolvență XIX 13

Recunoașterea unei proceduri străine. Cazuri în care poate fi refuzată XIX 15

Recunoașterea unei proceduri străine. Data ~ii XIX 16

Redeschidere a procedurii insolvenței XIV 56

Redresare administrativă I 33

Redresare financiară VI 59

– asigurări

– administrare specială XVIII 7

– închidere XVIII 20-24

– lege aplicabilă XVIII 8

– măsuri specifice XVIII 10

– plan XVIII 7, 11-15

– publicitatea deciziei XVIII 20

– caractere XVIII 5

– noțiuni XVIII 5

– scop XVIII 6

Refacerea tabelului de creanțe VIII 88

Registre contabile VI 88

Registre de publicitate VII 11, 62

- Reglementare a distribuirii XIII 28
 - Reglementare judiciară I 13, 14, 18
 - Regula judecătii de afaceri XV 2, 19, 20
 - Regulament de vânzare XII 52
 - control de legalitate XII 53
 - reguli private, derogatorii XII 53
 - Regulamentul Consiliului (CE) nr. 1346/2000 XVI 3, XIX 5
 - Regularizarea contractelor. Societăți de asigurări XVIII 45
 - Remitere de datorie legală XIV 53
 - Remitere de datorie VI 50, XXIII 12, 14
 - Renunțarea reclamantului creditor la judecată XIV 44
 - Reorganizarea I 22, VI 28, 29, 31, 32, 35, 37, 38, 45, 57, 59, 68, 73, 76, 83, 84, 93 XI 78, 102, 103
 - a grupului de societăți XI 88
 - accelerarea procedurii VI 82
 - închiderea procedurii VI 94, XI 86
 - nulitatea actelor cu titlu gratuit XI 85
 - rapoarte trimestriale XI 82, 84
 - Repartizarea creanțelor născute sau rezultând din continuarea procedurii XIII 14
 - Reprezentant străin XIX 13
 - Reprezentarea debitorului
 - contestații VII 68
 - faliment VII 67
 - închiderea procedurii VII 71
 - judecarea cererii introductive VII 64
 - perioada de observație VII 65
 - reorganizare judiciară VII 66
 - Respingerea cererii creditorului VI 68
 - Respingerea cererii de deschidere a procedurii VI 60, 78
 - Restructurare VI 79
 - Restructurare a unor contracte în afara planului de reorganizare XI 43
 - Restructurare corporativă VI 59, 87, 93
 - Restructurare financiară VI 59, 87, 93
 - Restructurare operațională VI 59, 87, 93
 - Retragerea autorizației de funcționare. Societăți de asigurări XVIII 42
 - Revenire la starea de criză financiară XXI 31
 - Rezerve tehnice XVIII 27
 - Rezoluțiune a contractului X 19
 - Ridicarea dreptului de administrare IV 21, VI 91, VII 17, VIII 104, XII 19, 37
 - administrator special VII 31
 - caractere VII 19
 - conținut VII 20
 - moment VII 21, 30
 - noțiune VII 20
 - revenire VII 50
 - sancțiuni VII 34
 - societăți de asigurări XVIII 41
- Sancțiuni VIII 73**
- Sancțiuni nepatrimoniale XV 31
 - Sarcina probei VI 42, 71, 77
 - Scopul procedurii insolvenței II 55, 56
 - Scrisoare de garanție bancară XI 103, XVII 54
 - Secret profesional XVII 72
 - Sediul social II 22, XIX 5, 8, 9
 - punct de legătură XIX 6
 - Sediul debitorului V 4
 - Sentință de deschidere a procedurii generale VI 93
 - Sentință de închidere a procedurii
 - comunicare XIV 49
 - opozabilitate XIV 50
 - Servicii publice esențiale XXI 14
 - Servicii publice neesențiale XXI 14
 - Sesizare. Obligația de a răspunde. Termen XXI 8
 - Share deal XII 72
 - Sigilarea bunurilor din averea debitorului VIII 57, XII 36
 - excepții VIII 58
 - Simulație VI 10
 - Sistemul European de Supraveghere Financiară XVII 11
 - Situația contractelor în curs X 1
 - Situație de colocare XIII 23
 - Situație financiară anuală VI 58
 - Societate agricolă I 38, VI 23, 57
 - Societate constituită în condițiile Legii nr. 31/1990 VI 87
 - Societate cooperativă VI 14, 25, 57, 87
 - Societate cu capital de stat I 33
 - Societate de asigurare XIX 18
 - Societate declarată nulă VI 9
 - Societate dizolvată VI 8
 - Societate fictivă VI 10
 - Societate în curs de constituire VI 6
 - Societate în participație VI 12
 - Societate neregulat constituită VI 7
 - Societate reglementată de Legea nr. 31/1990 VI 4, 57
 - Societate simplă VI 13
 - Societate-mamă XVI 12
 - Societăți de asigurare XVIII 1 și urm.
 - Solidaritate XV 18
 - Solidaritate pasivă a debitorilor VIII 101

Specialiști VII 72

- desemnare XII 47
- externi XII 46
- proprii XII 46

Stabilirea instanței căreia îi aparține
competența jurisdicțională XIX 3

Stare de insolvență XX 2

Stat de deschidere XIX 10, 17

Stat membru de origine. Asigurări XVIII 25

Stat membru gazdă. Asigurări XVIII 25

Stat membru. Asigurări XVIII 25

Stingerea datoriilor debitorului XIV 58

Subansamblu funcțional XII 71

- evaluare XII 47

Subdobânditor de rea-credință IX 68

Sucursală VI 11

- asigurări XVIII 25

Sume reziduale XIV 34, 36

Supraveghere specială XVII 5

Suspendarea acțiunilor în realizarea creanțelor
și a executărilor silite II 30

Suspendarea de drept a acțiunilor debitorului
XX 3

Suspendarea de drept a acțiunilor judiciare
sau extrajudiciare de la data deschiderii
procedurii VIII 103

Suspendarea de drept a acțiunilor. Societăți de
asigurări XVIII 43

Suspendarea de drept a tuturor executărilor
silite III 21

Suspendarea executării hotărârii
judecătorești-sindic III 26

Suspendarea executărilor silite III 16, VIII 7

- efectele ridicării VIII 12
- ridicare VIII 9, 10, 11, 13, 14, 21

Suspendarea forțată a executării contractului
X 10

Suspendarea hotărârilor judecătorești-sindic/
efectul suspensiv al apelului V 14

Suspendarea provizorie a urmăririlor I 15

Suspendarea tranzacționării acțiunilor VII 14

Sustragerea evidențelor societății XX 15

Sustragerea sau distrugerea de înscrisuri XX 15

Tabel de creanțe XIII 3

- actualizat XIII 8
- conținând doar creditori chirografari XIII 16-19
- cuprinzând atât creditori chirografari, cât și creditori garantați XIII 26
- cuprinzând doar creditori garantați/cu drepturi de preferință XIII 20-25

– definitivare VI 91

Tabel definitiv consolidat VI 59, XII 22, 30, XIII 9

Tabel definitiv de creanțe VI 68, 70, VIII 106, 107

- contestare VIII 109
- întocmire VIII 108
- modificări VIII 109
- rectificare VIII 110

Tabel preliminar al creanțelor VI 91, VIII 96

- contestare VIII 97
- înregistrare VIII 103

Tabel suplimentar al creanțelor XIII 8

Tabel suplimentar VI 94, XII 22, 25

Tabelul creanțelor declarate în termen sau
considerate de drept în termen XIII 7

Tabelul creditorilor XI 93

Tardivitate VI 76

Taxa pe valoarea adăugată

- ajustarea ~ei XXIII 27
- regimul bunurilor mobile XXIII 26
- regimul imobilelor XXIII 25
- transfer de afacere XXIII 29
- transfer de proprietate XXIII 28

Tăcerea. Valoare juridică XI 68, X 13

Teoria inopozabilității actelor debitorului VII 28

Teoria teritorialității și pluralității XIX 8

Teoria unității și universalității XIX 8

Teoria unității XIX 10

Termen de decădere III 19, VI 73, 76, XXI 32

Termen de grație VI 40

Termen de judecată V 13

Termen de prescripție XXI 32

Termen de verificare a creanțelor VII 8

Termen judiciar XIV 4

Terminologie XIII 2

Terț de bună-credință IX 65, 66

Terț de rea-credință IX 67, 71

Testul creditorului privat II 40, III 16, XI 46

Tip de vânzare XII 49

Tipuri de creanțe VIII 80

Titlu de proprietate XII 76

Titlu de valoare XI 62

Titlu executoriu VI 41, 46, 48, 55, 63, 78, VIII 88, XXIII 7

Titluri hotărâtoare VIII 109

Traficare XX 38

Transfer de sume între bugete XXI 1

Transferuri preferențiale IX 35

- dare în plată IX 36
- efectele admiterii acțiunii în anulare IX 39

Transformarea creanțelor chirografare în garantate IX 40-42

– prezumție de fraudă IX 43

Transformarea obligațiilor conform programului de plăți XI 75

Tranzacții privind cumpărarea de active și asumarea de pasive. Asigurări XVIII 46

Tratamentul creanțelor II 21

Troc I 1

Trustee XI 4, XIV 8

Urmărire individuală VI 81

Urmărire silită VI 10, 44, 63

Valoare de lichidare. Definiție XII 48

Valoare-prag VI 49, 50, 63, 67, 70, 71, 75, XVI 20

Valorificarea altor drepturi decât cele reale XII 74

Valorificarea bunurilor debitorului

– de urgență XIV 27

– termen XII 62

Valorificarea bunurilor perisabile și a celor supuse deprecierii iminente VIII 68

Vânzare directă

– ca formă de executare silită XII 59

– etape XII 58

Vânzare în bloc XII 71

Vânzare la licitație publică XII 53, 55, 61

– bunuri mobile XII 65

– în materie imobiliară XII 66

Vânzare prin licitație publică

– bunuri imobile XII 70

– bunuri mobile XII 69

– dezavantaje XII 63

Vânzare prin negociere directă XII 55, 56, 60

– bunuri imobile XII 57

Vânzarea activelor XII 60, XXIII 20

Vânzarea bunurilor II 42, 43

– care constituie obiectul unei cauze de preferință VIII 16

Vânzarea valorilor mobiliare XII 73

Vânzarea-cumpărarea ca modalitate principală de lichidare XII 74

Variante de calcul XIII 23

Vechiul drept românesc I 23

Venditio bonorum I 6

Venit XXIII 13

Verificarea cererilor de admitere a creanțelor VIII 85

Verificarea creanțelor VIII 72, 87, 94

– detalii procedurale VIII 90

– excepții VIII 88

– stabilirea legitimității VIII 90

– termen VIII 74

Vinovăție XV 17

Voturi condiționate III 18

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

B.C.U. M. EMINESCU IASI

Declanșarea procedurii insolvenței

– conform Codului insolvenței –

Csaba Bela Nász



978-606-678-988-2
septembrie 2014
~ 550 pag., ~ 75 lei

Această lucrare analizează în profunzime modalitățile în care legiuitorul român a înțeles să organizeze declanșarea procedurii insolvenței, precum și condițiile pe care trebuie să le îndeplinească o cerere introductivă formulată de oricare dintre persoanele care au calitate procesuală activă

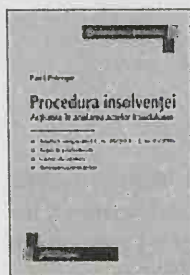
recunoscută de lege în acest sens. Soluțiile propuse sunt analizate temeinic atât prin prisma considerentelor doctrinare, cât și prin cea a unei jurisprudențe bogate, fiind punctate argumentat, acolo unde este cazul, neconcordanțele sau omisiunile noii legi.

Autorul, cu o vastă experiență de judecător și o pregătire solidă în domeniul insolvenței, reușește să ofere un instrument util practicienilor, și nu numai, monografia având, de asemenea, și natura unei călăuze în domeniul insolvenței, abordând detaliat, în 8 capitole, istoricul insolvenței și evoluția reglementării instituției, principiile, caracterele, obiectul, scopul, jurisdicția, participanții, condițiile aplicării și deschiderea procedurii, ultimul capitol fiind rezervat unei analize comparative a procedurii generale și a celei simplificate.

Procedura insolvenței

Acțiunea în anularea actelor frauduloase

Paul Pricope



978-606-678-771-0
27 lei, 192 p.

Lucrarea are ca scop prezentarea importanței acțiunii în anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în perioada suspectă, în contextul îndeplinirii conforme a scopului procedurii insolvenței („acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență”, potrivit art. 2 din Legea nr. 85/2006, respectiv

„acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia”, conform art. 2 din Legea nr. 85/2014 – „Codul insolvenței”), precum și a principalelor probleme de drept procedural și material pe care le ridică, cu punerea accentului pe aspectele de natură probatorie și de interpretare a situațiilor descrise de textul normativ.

Problemele esențiale cercetate sunt abordate atât din perspectiva vechii reglementări, aplicabile încă pentru toate procedurile de insolvență aferente proceselor începute anterior datei de 28 iunie 2014, a jurisprudenței fondate pe aceasta, cât și din perspectiva noilor dispoziții legale, atunci când acestea au adus soluții noi sau nuanări față de reglementarea anterioară.

Procedura insolvenței.

Efectele juridice asupra contractelor debitorului

Obancia Cozmin-Antoniou



978-606-678-924-0
35 lei, 272 p.

Procedura insolvenței aduce cu sine efecte juridice cu totul speciale și care țin de esența aspectelor de drept comercial și civil în materie de obligații, asupra contractelor încheiate de debitor, asupra executării acestora sau asupra

contractelor pe care debitorul le mai poate încheia ori executa după deschiderea procedurii.

Lucrarea de față analizează astfel, în șapte titluri, *Procedura insolvenței* din perspectiva *efectelor juridice asupra contractelor debitorului*. Pornind de la noțiunile introductive privind efectele deschiderii și continuării procedurii insolvenței asupra raporturilor contractuale ale debitorului, autorul continuă cu analiza în detaliu a regimului juridic al contractelor debitorului după deschiderea procedurii insolvenței (modificarea contractelor debitorului supus procedurii insolvenței, denunțarea sau menținerea contractelor în curs de executare la data deschiderii procedurii, anularea actelor frauduloase încheiate de debitor) și finalizează prin expunerea unei perspective originale asupra impactului proiectului noii legi a insolvenței, cu propuneri *de lege ferenda* binevenite în actualul context legislativ în materie aflat într-o continuă schimbare.

Contestația la executare

în reglementarea Noului Cod de procedură civilă

Ștefan Ioan Lucaciuc



978-606-27-0001-0
480 p, 49 lei

Lucrarea reprezintă o abordare a instituției contestației la executare silită din perspectiva noului Cod de procedură civilă, cu analize comparative, inclusiv cu reglementarea anterioară. Textul noii legi este examinat minuțios, este filtrat prin experiența judecătorului și dezbătut printr-o varietate de soluții jurisprudențiale.

Din această perspectivă sunt evidențiate elementele novatoare cu caracter reformativ esențial al noii reglementări, printre care amintim importanța consacării caracterului excepțional al măsurii suspendării executării silite, a restrângerii sferei terților care pot promova o contestație la executare, a inadmisibilității formulării unor contestații în temeiul unor motive care existau la epoca judecării unei contestații anterioare, precum și importanța consacării regimului juridic al cauțiunii consemnate voluntar de către debitor la dispoziția instanței.

Funcția contestației la executare în cadrul executării silite. Delimitarea acesteia de alte forme de contestare a unor executări silite. Contestația la executare în alte sisteme de drept. Formele, obiectul, natura juridică, condițiile de admisibilitate ale contestației la executare. Suspendarea executării silite în cadrul soluționării contestației la executare. Hotărârea pronunțată asupra contestației. Efectele soluțiilor pronunțate de instanță. Căile de atac. Acestea sunt câteva puncte de orientare oferite cititorului avizat judecător, avocat, consilier juridic, executor judecătoresc, notar public obligat să găsească întotdeauna soluția potrivită și uneori chiar să îndrepte scăpările legiuitorului printr-o temeinică cunoaștere și vigilență.

Noua lege a insolvenței

și reglementările anterioare. Presentare comparativă

- cu analiza principalelor elemente de noutate aduse prin Legea nr. 85/2014

ediția 1, actualizat 23 septembrie 2014

Ediție îngrijită și adnotată de

Av. Simona Maria Miloș, Av. Andreea Deli-Diaconescu



978-606-678-852-6

344 p., 18 lei

Lucrarea de față oferă textul noii *legi privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență*, într-o prezentare comparativă cu *reglementările anterioare*, abrogate la data intrării sale în vigoare. Astfel, sub fiecare articol al Legii nr. 85/2014 au fost introduse dispozițiile corespondente din vechile

reglementări din Legea nr. 85/2006 sau din celelalte acte normative: Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc, Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări, Legea nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței, O.G. nr. 10/2004 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului instituțiilor de credit.

Având în vedere că „*procesele începute înainte de intrarea în vigoare a acestei legi rămân supuse legii aplicabile anterior acestei date*” (art. 343), o astfel de abordare va fi utilă practicienilor, aflați permanent în criză de timp, interesați să desprindă cu rapiditate atât *noutatea*, cât și *diferența*.

Lucrarea cuprinde și un studiu al principalelor elemente de noutate aduse prin Legea nr. 85/2014, elaborat de doamna Av. **Simona Maria Miloș**, Președinte INPPI, și doamna Av. **Andreea Deli-Diaconescu**, membru în Consiliul Științific al INPPI.

Legislația profesiei de avocat

ediția 11, actualizat 1 iulie 2014



978-606-27-0043-0
336 p., 15 lei

Legislația profesiei de avocat conține actele esențiale pentru membrii acestui corp profesional: Legea nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, cu ultimele modificări aduse prin Legea nr. 187/2012, în vigoare de la data de 1 februarie 2014, Statutul profesiei de avocat, Codul deontologic al avocaților din Uniunea Europeană și Regulamentul de organizare și funcționare a U.N.B.R. și de desfășurare a ședințelor Consiliului U.N.B.R., dar și acte indispensabile aspiranților la statutul de avocat: Hotărârea nr. 4/2011 (Regulamentul-cadru privind organizarea examenului de primire în profesia de avocat), Hotărârea nr. 962/2014 privind organizarea examenului de primire în profesie – sesiunea septembrie 2014 (inclusiv tematica) sau Hotărârea nr. 525/2012 privind adoptarea Regulamentului examenului de absolvire a I.N.P.P.A.

Toate actele normative sunt prezentate cu actualizările publicate în Monitorul Oficial până la data de 1 iulie 2014 inclusiv și conțin note de trimitere sau de redare a altor reglementări, cum ar fi, spre exemplu, hotărârile Consiliului UNBR care stabilesc contribuțiile și prestațiile de asigurări sociale valabile în anul 2014; tot în note sunt incluse și deciziile interpretative ale Consiliului UNBR.

Spre a veni în sprijinul celor care pregătesc examenul de admitere în profesia de avocat, sesiunea septembrie 2014, sunt redate subiectele și baremele de la probele eliminatorii tip grilă ale examenului de primire în profesie, materia Organizarea profesiei de avocat, sesiunile 2011, 2012 și 2013.

Drept procesual al Uniunii Europene

Sedes materiae

Dr. Fábíán Gyula



978-606-678-886-1
29 lei, 384 p.

Această culegere de *acte normative* și *îndrumări adoptate de instanțele UE* are menirea de a acorda un sprijin profesionist atât reprezentanților procesuali, avocați, consilieri și agenți guvernamentali în înțele-

gerea și respectarea procedurilor instanțelor UE, cât și judecătorilor naționali, veritabili judecători de drept comun ai dreptului unional, și, nu în ultimul rând, teoreticienilor dreptului Uniunii Europene și studenților din cadrul facultăților de drept.

Lucrarea conține 33 de documente, dintre care amintim: extrase din TUE și TFUE, extrase din legi prin care România a ratificat prevederi ce vizează CJUE, statutul instanțelor UE, codurile de procedură ale celor trei instanțe unionale, instrucțiunile practice adresate părților și reprezentanților procesuali, instrucțiunile trasate de Tribunal grefei de la această instanță, precum și documente ca cele menite să acorde un sprijin în procedura orală celor care pledează în fața instanțelor unionale, ca cele care clarifică modul concret al calculării unor sancțiuni pecuniare ce se pot acorda statelor membre pentru nerespectarea dreptului unional sau ca cel care constituie fundamentul juridic al funcționării agentului guvernamental din România.

Noul Cod de procedură civilă și 12 legi uzuale

ediția 5, actualizat 3 septembrie 2014



978-606-27-0062-1
19 lei, 536 p.

Lucrarea cuprinde noul Cod de procedură civilă, precum și dispozițiile tranzitorii și de punere în aplicare din Legea nr. 76/2012 și Legea nr. 2/2013 privind degrevarea instanțelor judecătorești.

În plus față de cele două legi menționate, sunt redată, integral sau în extras, **10 dintre cele mai uzuale acte normative care întregesc cadrul legal al procedurii civile**: medierea, taxele de timbru, contenciosul administrativ, ajutorul public judiciar în materie civilă, activitatea executorilor judecătorești și a experților tehnici judiciari, regimul juridic al contra-

vențiilor, măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autorități contractante, formularele privind cererile cu valoare redusă.

De asemenea, având în vedere faptul că procesele în curs de judecată, precum și executările silită începute sub legea veche rămân supuse acelei legi, sub fiecare articol al noului Cod sunt redată **textele corespondente din reglementările anterioare** (Codul de procedură civilă de la 1865, Codul civil de la 1864 – partea referitoare la probe, Codul comercial, Legea nr. 105/1992 privind raporturile de drept internațional privat, O.G. nr. 5/2001 privind somația de plată sau O.U.G. nr. 119/2007 privind ordonanța de plată, acestea fiind abrogate de la 15 februarie 2013).

Cartea conține și o tablă de materii detaliată, precum și un index alfabetic al noului Cod, care nu fac parte din textul oficial, ci au fost întocmite de Editura Hamangiu pentru a face mai ușoară căutarea instituțiilor/cuvintelor-cheie în cuprinsul acestuia.

Ediția de față cuprinde **Decizia Curții Constituționale nr. 348/2014** referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 650 alin. (1) privind instanța de executare (M. Of. nr. 529 din 16 iulie 2014), precum și recenta modificare a O.G. nr. 2/2001 privind regimul juridic al contravențiilor prin **O.G. nr. 17/2014** (M. Of. nr. 629 din 27 august 2014).

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

2014/8743
185,00

Tratat practic de insolvență

Publicat la confluența dintre două *etape istorice* în materia insolvenței – deja celebra Lege nr. 85/2006 și mult așteptatul Cod al insolvenței, adică noua Lege nr. 85/2014 –, acest tratat este rezultatul riguros al unor cercetări îndelungate, al spiritului critic și mai ales al bogatei experiențe practice a autorilor – magistrați, avocați și practicieni în insolvență.

Cititorii vor găsi în paginile ce urmează o analiză detaliată și dezbateri ample ale numeroaselor probleme cu care s-au confruntat și se confruntă specialiștii în domeniu, organele și participanții la procedura colectivă, *atât din perspectiva noii legi, cât și a reglementării anterioare (încă aplicabilă)*, iar soluțiile oferite sunt susținute cu o largă paletă de argumente jurisprudențiale.

Suntem optimiști în ce privește utilitatea acestei lucrări nu doar pentru practicienii insolvenței, ci și pentru alte categorii de persoane interesate – specialiști ai dreptului, magistrați, avocați, cercetători, doctoranzi etc., având în vedere cunoștințele, experiența și seriozitatea tuturor celor care au contribuit la apariția ei.

Avocat Simona-Maria MILOȘ,
*Președintele Institutului Național pentru
Pregătirea Practicienilor în Insolvență*

Preț: 185 lei

reduceri de până la 30%
pentru comenzi on line

www.hamangiu.ro

ISBN 978-606-27-0085-0



9 786062 700850